Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Achtzehnten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen
in der Palmischen Verlagsbuchhandlung.
1817.

Fortsetzung des Titels
de pignoribus et hypothecis.

§. 1079.

Specielles Pfandrecht. Verpfändung einer *Universitas rerum.*

Ein specielles Pfandrecht ist nicht nur dasjenige, was an einzelnen Sachen bestellet wird; sondern es kann auch ein collectives Ganzes (universitas rerum) zum Gegenstande haben, z. B. eine Heerde Vieh, oder ein Waaren-Lager. Es ist dieses schon darum keinem Zweifel unterworfen, weil die Gesetze wegen einer solchen Universitas rerum dem Eigenthümer die rei vindicatio gestatten [1]). Ja selbst das Pfandrecht an einer Universitas iuris, z. B. an einer dem Schuldner angefallenen Erbschaft, er habe es nun entweder seinem Gläubiger selbst bestellt, oder es rühre von seinem Erblasser her, ist dennoch in Rücksicht des übrigen Vermögens des Erben, auf welches der Gläubiger sein Pfandrecht nicht erstrecken kann, nur ein specielles, wenn gleich der Erbe die Erbschaft schon an-

1) *L.* 1. §. 3. *D. de rei vind.* L. 3. L. 56. *D. eodem.* STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXVI. Th. 21. et MÜLLER ad *Eundem* not. γ.

angetreten hat [2]). Der Unterschied zwischen diesen beyden Arten des Pfandrechts besteht darin, daß wenn blos einzelne Sachen verpfändet worden sind, das Pfandrecht des Gläubigers sich zwar auch zugleich auf die Früchte der Sache, und deren Accession erstreckt, aber nicht auf dasjenige, was an die Stelle derselben, wenn sie z. B. veräußert worden, oder zu Grunde gegangen seyn sollte, als ein Surrogat derselben getreten ist [3]); dahingegen das an einer universitas rerum bestellte Pfandrecht nicht nur den Zuwachs, sondern auch die nachher noch hinzugekommenen neuen Sachen umfaßt; sollte auch dadurch die ganze Universitas erneuert worden seyn. Bey verpfändeten Viehheerden, und Waarenlagern leidet dieses wenigstens keinen Zweifel, da hierüber die Gesetze ganz bestimmt entscheiden.

L. 13. *pr. D. h. t.* MARCIANUS *libro singulari ad formulam hypothecariam.* Grege pignori obligato, quae postea nascuntur, tenentur: *sed et si prio-*

2) *L.* 29. *D. de pignorib.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. und BECKER Diss. cit. de pignore universitatis §. 12.

3) *L.* 26. §. 2. *D. h. t.* Lucius Titius praedia et mancipia, quae in praediis erant, obligavit: heredes eius, praediis inter se divisis, illis mancipiis defunctis, alia substituerunt: creditor postea praedia cum mancipiis distraxit. Quaeritur, an ipsa mancipia, quae sunt modo in praediis constituta, hoc est, in hypothecis, emtor vindicare recte possit? MODESTINUS respondit, si neque pignerata sunt ipsa mancipia, neque ex pigneratis ancillis nata, minime creditoribus obligata esse. S. BALDUINUS Tr. de pignorib. Cap. 9. pag. 45. BACHOV eod. Tr. Lib. II. Cap. 5. nr. 2. VOET Comm. h. t. §. 5.

prioribus capitibus decedentibus, totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur.

L. 34. *pr. D. eodem,* SCAEVOLA *libro XXVII. Digestorum.* Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur? et si eas merces per tempora distraxerit, et alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit, et decesserit, an omnia, quae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint, et res aliae illatae? Respondit, ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur.

Die Verpfändung einer solchen Universitas rerum, von welcher beyde Gesetzstellen reden, hat also das Eigene, daß hier nicht sowohl die einzelnen Stücke, welche zur Zeit der Verpfändung das Ganze ausmachten, sondern vielmehr das collective Ganze selbst als der eigentliche Gegenstand des Pfandrechts zu betrachten ist. Der Grund liegt in der Natur der Sache. Denn beyde Arten der Universitas sind so beschaffen, daß sie ihrer Natur nach dem Tausch und Wechsel unterworfen sind, und daher vermehrt und vermindert werden können, ohne daß dadurch die Universitas aufhört eine solche zu seyn [4]), oder das Pfandrecht des Gläubigers eine Aenderung leidet [5]). Der Gläubiger

4) §. 18. *I. de legatis.* *L.* 76. *D. de iudic.*

5) S. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Constituitur. Oper.* T. II. pag. 434. und Westphal Pfandrecht §. 17. Not. 32. a. E. und §. 135.

biger kann daher sein Pfandrecht an allen denjenigen Sachen verfolgen, welche zur Zeit der angestellten actio hypothecaria die Universitas ausmachen, gerade so, wie auch der Eigenthümer einer solchen Universitas die zur Zeit der angestellten rei vindicatio zu ihr gehörigen Sachen in Anspruch nehmen kann, wenn sie gleich Anfangs nicht dazu gehörten [6]). Ob aber auch bey andern Arten der Universitas, bey denen ein solcher Wechsel nicht eintritt, wie z. B. bey einer Bibliothek, Guths-Inventarium u. d. derselbe Grundsatz anzunehmen sey, ist streitig. **Bachov** [7]), dem auch **Thibaut** [8]) beystimmt, läugnet, daß aus dem, was die Gesetze von Heerden und Waarenlagern verordnen, eine allgemeine Regel abzuleiten sey. Allein es sind hier eigentlich zwey Fragen zu unterscheiden. I. Sind bey einer verpfändeten universitas rerum auch diejenigen Sachen, welche zur Zeit der Verpfändung noch nicht zu derselben gehörten, sondern erst in der Folge hinzugekommen sind, dem Pfandrecht des Gläubigers unterworfen? **Leyser** [9]) bejahet diese Frage, und ich glaube, man kann ihm hier, mit **Hofacker** [10]) eher, als dem **Bachov**, Recht geben, wenn gleich der Grund, wodurch er den Satz: cum corpus aliquod vel universitas rerum obligatur, semper res etiam futuras comprehendi, unterstützt, nämlich, daß die Bestellung des

6) *L. 3. pr. D. de rei vindic.* *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. Lib. VI. Tit. I. §. *Restat.* Tom. II. *Oper.* p. 193.

7) Tr. cit. Lib. II. cap. 5. nr. 3.

8) System des Pandecten R. 2. B. §. 638. a. E.

9) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXXIII. medit. 6.

10) Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1168.

des Pfandrechts immer zum Besten des Gläubigers ausdehnend zu erklären sey, von keinem sonderlichen Gewicht ist. Richtiger leitet Gesterding [11]) den wahren Grund aus einem stillschweigend erklärten Willen der Contrahenten ab, vermöge welchen bey einer unbestimmt geschehenen Verpfändung einer universitas anzunehmen ist, daß auch die künftig noch hinzukommenden Sachen mit verpfändet seyn sollen; und so konnte sich denn auch schon Leyser auf die bereits oben angeführte *L.* 9. *Cod. Quae res pignori* mit Recht berufen. Eine andere Frage aber ist II. die, ob der Gläubiger nicht auch an den von einer verpfändeten Universitas veräußerten einzelnen Sachen sein Pfandrecht gegen den dritten Besitzer verfolgen könne? Auch hierüber sind die Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. Einige [12]) sprechen dem Gläubiger dieses Recht ohne Unterschied ab, und stellen dasjenige, was in der *L.* 34. *pr. D. h. t.* von der Verpfändung eines Waarenlagers gesagt wird, als einen allgemeinen Grundsatz für alle andere universitates rerum auf, woran der Schuldner ein Pfandrecht bestellet hat. Andere [13]) behaupten dagegen, daß man hier nicht über die Verordnung des Gesetzes hinausgehen könne. Wenn also an den aus einem verpfändeten Waarenlager vor erhobener Pfandklage verkauften einzelnen Waaren keine Hypothek mehr haftet, so lasse sich dieses auf andere

11) Lehre vom Pfandrecht §. 7. S. 67. f.

12) HELLFELD Diss. de hypotheca mobilium. *Ienae* 1743. Cap. III. §. 3. und HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. II. Obs. 327. nr. 2.

13) CARPZOV Iurispr. for. P. II. Const. XXIII. Def. 13. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 14. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 25. LEYSER Specim. CCXXIV. medit. 6.

andere universitates rerum nicht ausdehnen. Allein beyde gehen hier wohl offenbar zu weit. Wollte man der ersten Meinung beypflichten, so würde man dem Schuldner freie Macht und Gewalt geben, das Pfandrecht des Gläubigers nach Gefallen zu vereiteln. Es ist wahr, auch die Vermehrungen, welche die verpfändete universitas noch in der Folge erhält, sind als Theile vom Ganzen dem Pfandrecht des Gläubigers unterworfen; wie folgt aber daraus, daß nun auch dasjenige von dem Pfandrecht des Gläubigers frey werde, was von dem Ganzen veräussert worden ist? Es würde dieses immer etwas Ausserordentliches seyn, was von der Regel, res transit cum sua causa, abweicht, und daher im Zweifel um so weniger angenommen werden kann, je mehr die Gesetze dafür sorgen, daß der Gläubiger hinlänglich gesichert sey [14]. Hierzu kommt, daß das auch seinen guten Grund hat, was die Gesetze von der Verpfändung der Waarenlager verordnet haben. Denn läßt sich der Gläubiger an einer solchen Universitas ein Pfandrecht bestellen, von welcher er zur Zeit der Verpfändung wußte, daß sie dem Verkehr und der Veräußerung ihrer Natur nach unterworfen sey, so hat er auch stillschweigend in die Veräußerung der einzelnen Waaren eingewilliget. Denn sonst müßte entweder der Verpfänder nun seinen Handel ganz aufgeben, oder es könnte von einem solchen Handelsmann Niemand mehr sicher Etwas kaufen, ohne sich der Gefahr auszusetzen, von dem Gläubiger desselben mit der actio hypothecaria in Anspruch genommen zu werden. Die Aufrechterhaltung des Handels und des öffentlichen Credits machte es hier

so

14) *L. 14. Cod. de pignor. et hypoth.*

also nothwendig, von der Regel abzuweichen [15]). Allein eben dieser Grund beweißt auch, daß wir nicht blos bey einem verpfändeten Waarenlager stehen bleiben dürfen, sondern das Nämliche würde auch von einer jeden andern universitas gelten, welche sich der Verpfänder des Verkehrs wegen angeschafft hat, z. B. wenn eine Apotheke, oder eine Heerde Vieh verpfändet worden, mit welcher der Verpfänder bekanntlich Handel treibt. Nach der richtigern Meinung [16]) ist also vielmehr ein Unterschied zu machen, ob die verpfändete universitas rerum eine solche ist, mit welcher der Schuldner Handel treibt, und von welcher also der Gläubiger wußte, daß sie einem beständigen Wechsel unterworfen sey, oder ob dieselbe von der Art nicht ist, wie z. B. eine Bibliothek. In dem letztern Falle bleibt es bey der Regel, daß das Pfandrecht des Gläubigers an allen einzelnen Stücken eines verpfändeten Ganzen hafte, und diese auf den Käufer anders nicht, als mit der Hypothek beschwert, übergehen. In dem ersten Falle hingegen erstreckt sich das Pfandrecht des Gläubigers nicht auf diejenigen Waaren, und Stücke, welche von dem Schuldner verkauft worden sind, ehe der Gläubiger die Hypothekarische Klage angestellet hat. Einige Rechtsgelehrten

15) S. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LXXV. Th. 9. und Westphal §. 135. Not. 159.

16) *Sam. de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 7. Hect. Wilh. von Günderrode Abhandl. von dem Verkauf der Waaren aus einem verhypothecirten Laden. (In desselben Werken aus dem deutschen Staats- und Privat-Rechte. 2. B. S. 197. — 202.) *Io. Herm.* BECKER Diss. de pignore universitatis. §. 12 — 14. und *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observat. pract. ad LEYSERUM T. II. Fasc. II. Obs. 452.

ten [17]) wollen zwar einen Unterschied machen zwischen Kaufleuten, welche die Handlung nur im Kleinen treiben, — Detail-Händler, und solchen, welche en gros handeln, — Groß-Händler; und ersteren nicht erlauben, Waaren in größern Quantitäten zu verkaufen. Sie glauben, daß in diesem Falle gegen den Käufer einer solchen beträchtlichen Quantität die hypothekarische Klage angestellt werden könne, besonders wenn der Schuldner nicht eine eben so beträchtliche Quantität Waaren wieder dagegen angeschafft haben sollte. Allein dieser Unterschied wird mit Recht von Andern [18]) verworfen. Denn auch davon abgesehen, daß die Gränze zwischen dem Groß- und Detail-Handel nicht allenthalben gleichförmig, und genau bestimmt ist [19]); so hat ja der Gläubiger einer solchen Hypothek einmal in die mit der Treibung des Handels unzertrennlich verbundene Veräußerungsfreyheit eingewilliget; der Gläubiger kann daher auch dem Schuldner nun nicht wehren, wenn er durch Verkauf einer größern Quantität von Waaren sich einen Gewinn zu verschaffen sucht. Er hat es sich vielmehr selbst beyzumessen, daß er sich nicht besser vorgesehen hat. Sollte jedoch der Gläubiger nachweisen können, daß der Schuldner ihn betrüglich zu hintergehen suche, so kann er sich deshalb an den Richter wenden, welcher dann, nach Befinden der Umstände, entweder die betrügliche Veräußerung aufheben, oder dem Schuld-

17) LEYSER c. l. Spec. CCXXIV. med. 6. und von Günderrode a. a. O. §. 5. S. 199.

18) S. MÜLLER c. l. Obs. 452. und BECKER cit. Diss. §. 14. pag. 38. sq.

19) S. von Martens Grundriß des Handelsrechts. §. 10.

Schuldner dergleichen Veräußerung untersagen, oder ihn anhalten kann, den Gläubiger durch Bürgen gegen allen besorglichen Nachtheil sicher zu stellen. Es hat auch keinen Zweifel, daß wenn der Schuldner sein ganzes Waarenlager auf einmal verkauft, oder dasselbe mit einem Andern theilt, die darauf haftende Hypothek unverändert bleibe [20]).

Noch ist hier der Fall zu erörtern, wenn dem Gläubiger, wegen einer und derselben Forderung, neben dem allgemeinen, noch ein besonderes Pfandrecht auf ein einzelnes Stück der Güter des Schuldners gegeben wird. Was hat eine solche Verbindung beyder Hypotheken in der Person eines Gläubigers für eine rechtliche Folge? Viele [21]) behaupten ganz allgemein, der Gläubiger müsse sich, wenn kein Variations-Recht vorbehalten ist, zuvörderst an die Specialhypothek halten, und zwar ohne Unterschied, es werde gegen den Schuldner selbst, oder gegen einen andern Pfandgläubiger desselben, oder gegen den dritten Besitzer der General-Hypothek geklagt; die letztere könne also nicht eher angegriffen werden, als wenn der Gläubiger aus jener seine Befriedigung nicht erhalten hat. An-

20) MERLINUS Tr. de pignorib. Lib. II. Tit. 1. Qu. 45. nr. 51. sqq. und LEYSER c. l. medit. 6.

21) *Hartm.* PISTORIS Quaest. iuris Lib. III. Qu. 13. MEVIUS P. II. Decis. 116. 117. et 285. et P. IV. Decis. 48. de BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. V. Th. 9. Not. 2. ERXLEBEN Princip. de iure pignorum et hypothecar. §. 317. HOFACKER Princ. iuris civ. Rom. Germ. T. II. §. 1191. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 75. Not. 2. der 4. Aufl. u. a.

Andere hingegen lassen jenen Satz nur dann [22]) gelten, wenn der Besitzer entweder der Verpfänder selbst oder ein anderer Pfandgläubiger ist, nicht aber, wenn ein dritter Besitzer belangt wird.

Noch andere [23]) unterscheiden; a) wenn kein Variationsrecht bedungen worden, und 1) der Schuldner selbst belangt wird, welcher sowohl die zur allgemeinen Hypothek gehörigen, als die besonders verpfändeten Güterstücke besitzt, so habe der Gläubiger ein gleiches Recht an allen ihm verpfändeten Vermögensstücken des Schuldners, und ihm stehe daher die freye Wahl zu, welche Stücke er zuerst angreifen wolle, um zu seiner Bezahlung zu gelangen. 2) Wenn aber ein dritter Besitzer belangt werde, so soll es wieder darauf ankommen, ob der Schuldner noch Vermögen besitzt, welches zur General- oder Special-Hypothek gehört; dann müsse sich der Gläubiger zuerst an den Schuldner halten, weil hier dem dritten Besitzer das beneficium excussionis zustehe. Wenn hingegen 3) beyde Hypotheken in fremden Händen sich befinden, so müsse der Gläubiger zuerst die Special-Hypothek verfolgen, ehe er den Besitzer der General-Hypothek in Anspruch nehmen könne. b) Hat sich der Gläubiger das ius variandi vor-

22) Weber vom pignore tacito subsidiario, oder der stillschweigenden Willenserklärung der Contrahenten bey Verbindung einer allgemeinen und besondern Hypothek. (In desselben Versuchen über das Civilrecht. S. 117.—150.) HAUBOLD ad Bergeri Oeconom. iuris Lib. II. Tit. V. Th. 9. not. a. Tom. I. pag. 558. sq. und Thibaut System des Pandectenrechts 2. B. §. 639.

23) Westphal Pfandrecht §. 35. Not. 53. und §. 280.

vorbehalten, so habe dieser Vertrag zwar seine Wirkung in dem Falle, wenn alle sowohl zur General- als Special-Hypothek gehörigen Güterstücke in fremden Händen sind, in welchem Falle dann der Gläubiger die Wahl habe, ob er den fremden Besitzer, welcher die Special-Hypothek, oder denjenigen Besitzer, welcher die zur General-Hypothek gehörigen Stücke in Händen hat, zuerst belangen wolle. Wenn aber der Schuldner noch selbst Vermögen besitzt, so könne dem dritten Besitzer der verpfändeten Güter das ihm nach den Gesetzen zustehende beneficium excussionis dadurch nicht genommen werden. Endlich nach einer vierten Meinung [24]) legt man der Verbindung der allgemeinen mit der speciellen Hypothek nur die Wirkung bey, daß zwar der nachstehende Pfandgläubiger, wenn er von dem erstern mit der actio hypothecaria belangt wird, vermöge einer besondern ihm in den Gesetzen ertheilten Rechtswohlthat, welche man beneficium excussionis reale zu nennen pflegt, den Kläger auf die ihm speciell verpfändeten Sache verweisen könne, wenn diese zu seiner Befriedigung hinreichend sey; in allen übrigen Fällen aber habe der Gläubiger, dem zugleich eine specielle und generelle Hypothek zusteht, an und für sich,

d. h.

24) *Car. Ott.* RECHENBERG Diss. qua creditoris hypothecarii aequale ius in bonis debitoris generaliter et specialiter obligatis ex L. 2. Cod. de pignorib. defenditur. *Lipsiae* 1729. WORDENHOFF Diss. de concursu et collis. utriusque hypothecae tum generalis tum specialis. §. 10. et 11. §. 12. 20. et 21. *Io. Christph.* KOCH Diss. de concursu hypothecae specialis et generalis. *Giessae* 1782. §. 14. 17. et 21. und Gesterding Lehre vom Pfandrecht. §. 45.

d. h. wofern nicht zwischen dem Gläubiger und Schuldner ein Anders ausdrücklich verabredet worden, ein gleiches Recht an allen und jeden Vermögensstücken des Schuldners, und da die Gesetze von dieser Regel nur aus einer billigen Begünstigung des nachstehenden Pfandgläubigers abgewichen seyen, so könne diese Rechtswohlthat so wenig auf den Schuldner, als auf einen dritten Besitzer, der kein nachstehender Pfandgläubiger ist, ausgedehnt werden.

Um diese Meinungen gehörig zu beurtheilen, ist es nöthig, die Gesetzstellen selbst näher zu betrachten, worauf sich alle berufen. Es sind folgende.

L. 2. *Cod. de pignorib. et hypoth.* Impp. SEVERUS *et* ANTONINUS AA. *Lucio.* Quamvis constet *specialiter* quaedam et universa bona *generaliter* adversarium tuum pignori accepisse, et *aequale ius in omnibus habere:* iurisdictio tamen temperanda est. Ideoque *si certum est, posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum:* ea, quae postea ex eisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri Praeses provinciae iubebit.

L. 9. *Cod. de distract. pignorum.* Impp. DIOCLETIAN. *et* MAXIM. AA. *Cillo.* Quae *specialiter* vobis obligata sunt, debitoribus detrectantibus solutionem, bona fide debetis et solemniter vendere. Ita enim apparebit, an ex pretio pignoris debito satisfieri possit. *Quod si quid deerit, non prohibemini cetera etiam bona iure conventionis consequi.*

L. 2.

L. 2. D. Qui potiores in pignore. PAPINIANUS *libro III. Responsorum.* Qui *generaliter* bona debitoris pignori accepit, eo potior est, cui postea praedium ex his bonis datur: quamvis ex ceteris pecuniam suam redigere possit. Quodsi ea conventio prioris fuit, ut ita demum cetera bona pignori haberentur, si pecunia de his, quae generaliter accepit, servari non potuisset: deficiente secunda conventione, secundus creditor in pignore postea dato non tam potior, quam solus invenietur.

Nur die erste Gesetzstelle redet namentlich von einem solchen Pfandgläubiger, welchem zugleich eine specielle und generelle Hypothek bestellt worden ist. Es scheint diese Art der allgemeinen Güterverpfändung in Verbindung mit einer vorausgehenden speciellen Hypothek in einer und derselben Pfandverschreibung bey den Römern sehr gewöhnlich gewesen zu seyn. Dieß erhellet aus einer Stelle des Cajus, welcher *L. 15. §. 1. D. de pignorib.* sagt: Cottidie inseri solet cautionibus, *ut specialiter rebus hypothecae nomine datis, cetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet, et quae postea adquisierit, perinde atque si specialiter hae res fuissent obligatae.* Es wird nun zuerst der Grundsatz, als eine an sich bekannte Rechtswahrheit, aufgestellt, der Gläubiger, welchem zugleich eine specielle und generelle Hypothek gegeben worden ist, hat an und für sich ein gleiches Recht an allen und jeden Vermögensstücken des Schuldners. Dieß bringt auch schon die Natur eines allgemeinen Pfandrechts mit sich, welcher durch die Verbindung desselben mit einer Special-Hypothek nicht derogirt

girt wird [25]). Von dieser Regel des strengen Rechts macht jedoch das Gesetz aus billiger Hinsicht in dem Falle eine Ausnahme, wenn der Schuldner einem spätern Gläubiger an einzelnen zur General-Hypothek des erstern Gläubigers gehörigen Gütern eine Special-Hypothek gegeben hat. Wird dann der nachstehende Pfandgläubiger von dem erstern mit der actio hypothecaria belangt, so hat die Verbindung der Special-Hypothek mit der allgemeinen die Wirkung, daß der nachstehende Pfandgläubiger den Kläger zuvörderst auf die ihm speciell verpfändete Sache verweisen kann, wenn es gewiß ist, daß er daraus seine vollkommene Befriedigung erhalten könne. Es ist also hier nach den klaren Worten des Gesetzes nur davon die Frage, was die Verbindung beyder Hypotheken in der Person eines vorgehenden Gläubigers im Falle der Concurrenz mit einem nachstehenden Special-Pfandgläubiger für eine Wirkung habe? Die Worte: *Ea, quae postea ex iisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri Praeses provinciae iubebit*, lassen hierüber keinen Zweifel übrig, und der Ausdruck *adversarius* geht daher auf den ersten Pfandgläubiger, welcher hier darum so genennt wird, weil er den zweyten Pfandgläubiger, welchem von der General-Hypothek des ersten Pfandgläubigers etwas speciell war verpfändet worden und in dessen Besitz derselbe sich befand, deshalb mit der actio hypothecaria in Anspruch genommen hatte. Daß hier der Streit nur unter concurrirenden Pfandgläubigern war, beweisen auch die Basiliken [26]), wenn es bey den klaren Wor-

25) S. WORDENHOFF c. l. §. 12.

26) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 2. Const. 39. pag. 43.

Worten des Gesetzes ja noch eines solchen Beweises bedürfte. Es ist daher eine auffallend unrichtige Erklärung der Glosse, wenn sie bey dem Worte: *iubebit*, die Bemerkung macht: Accipe hanc legem *possidente debitore* [27]). Dahingegen hat von **Pufendorf** [28]) sehr richtig eingesehen, daß sich auch der nachstehende Pfandgläubiger vergeblich auf die Wohlthat dieses Gesetzes berufen werde, wenn ihm, außer der Special-Hypothek, auch noch ein allgemeines Pfandrecht wäre bestellet worden. Ob nun gleich der Grund der Entscheidung unsers Gesetzes ausdrücklich nur in der Billigkeit gesetzt wird, wie die Worte: *Iurisdictio tamen temperanda est*, ganz deutlich anzeigen, welche nach der Erklärung eines **Maran** [29]) und **Giffen** [30]) nichts anders heißen, als temperamentum aequitatis adhibendum est [31]); so leiten doch fast alle Ausleger den Grund derselben aus einer stillschweigenden oder vermuthlichen Willensmeinung der

27) Man sehe hier WORDENHOFF cit. Diss. §. 10. et 11. wo er diese offenbar ungereimte Erklärung der Glosse noch ausführlicher widerlegt hat.

28) Observat. iuris univ. Tom. IV. Obs. 127. §. 4.

29) Comm. ad h. L.

30) Explanat. difficil. et celebrior. LL. Cod. ad L. 2. C. de pignor. P. II. pag. 316.

31) Das Wort *Iurisdictio* bezeichnet hier das richterliche Amt, welches in diesem Falle die Billigkeit dem strengen Recht vorzuziehen angewiesen wird. In gleichem Sinne sagt **Paulus** *L. 11. D. de in ius voc.* moderandam esse iurisdictionem. Man vergleiche noch *L. 5. §. 13. Cod. de sentent. et interlocut. L. 11. D. de dolo malo.*

der Contrahenten her, weil sich ausserdem kein vernünftiger Grund denken lasse, warum eine Sache, die schon unter dem allgemeinen Pfandrecht mit begriffen ist, besonders verpfändet worden sey [32]. Cujaz [33]) sagt, anfangs sey es immer bey einer solchen Verpfändung ausdrücklich ausgemacht worden, daß die Generalhypothek nur dann dem Gläubiger haften solle, wenn die ihm ebenfalls bestellte Specialhypothek zu seiner Befriedigung nicht hinreichen würde, wie sich aus *L.* 2. *in fin. D. Qui potior. in pignore* ergebe, welche in den letzteren Worten von dem nämlichen Falle rede, und in welcher daher statt *generaliter* accepit, nach einigen Handschriften *specialiter* accepit gelesen werden müsse. Nachher habe man dieses auch, ohne ausdrückliche Beyfügung jener Bedingung, als billig, und sich von selbst verstehend angenommen, weil es schon in der stillschweigend erklärten Willensmeinung der Contrahenten gegründet sey. Wegen dieses Grundes sey daher auch kein Unterschied, ob der Streit zwischen dem ersten und zweyten Gläubiger; oder zwischen dem Gläubiger und Schuldner, der noch beyde Hypotheken besitzt, geführt werde. Dem Cujaz stimmt

32) *Eg.* BARO Manual. Lib. VIII. Tit. 4. CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. IV. Cap. 16. n. 6. FABER Conjectur. iur. civ. Lib. VI. c. 13. et de Erroribus Pragmaticorum. Decad. VI. Err. 3. princ. DONELLUS Commentar. ad L. 2. Cod. de pignorib. nr. 4. RUSSARDUS in Not. ad L. 2. D. Qui potior. in pign. und PISTORIS Quaestion. iur. Lib. III. Qu. 13. nr. 9.

33) Lib. III. Responsor. Papiniani ad L. 2. D. Qui pot. in pign. (*Oper. postum.* Tom. I. pag. 126. edit. *Fabrot.*) et Observation. Lib. XI. cap. 32.

stimmt auch Schifordegher [34]) bey, nur daß letzterer behauptet, es sey dieses überdem auch in der oben angeführten *L. 9, Cod. de distract. pignor.* klar verordnet Allein eine genauere Betrachtung der oben angeführten beyden letzeren Gesetzstellen wird uns lehren, daß sie von dem Falle, da dem Gläubiger zugleich eine Special- und Generalhypothek ertheilt worden ist, nicht deutlich reden.

Soviel zuerst die *L. 9. Cod. de distract. pignor.* anbetrifft, so lassen uns zwar die Worte: *debitoribus detrectantibus solutionem*, nicht daran zweifeln, daß hier der Streit zwischen dem Gläubiger und Schuldner obwaltete, da der Zahlungssäumniß des Schuldners in dem dispositiven Theile des Gesetzes gedacht wird. Allein daß dem Gläubiger, neben der Specialhypothek, von deren Veräusserung hier die Rede ist, auch noch eine Generalhypothek bestellet worden, läßt sich aus den letzteren Worten: *non prohibemini cetera etiam bona iure conventionis consequi*, nicht mit vollkommener Ueberzeugung beweisen. Es scheint vielmehr die Hauptfrage, welche in diesem Gesetz entschieden wird, nur die Art der Veräusserung der den Gläubigern verpfändeten Sachen betroffen zu haben, wie nicht nur die Worte: *Quae specialiter vobis obligata sunt, —* BONA FIDE *debetis et* SOLEMNITER *vendere*, zu erkennen geben, sondern auch die Ueberschrift des Titels beweißt, unter welchem diese Verordnung erscheint. Eine andere damit verbundene Frage war dann noch die, wenn durch die gesetzmäßig unternommene Veräußerung der verpfändeten Sachen nicht so viel wäre gelöset worden, als zur vollkommenen Befriedigung

34) Ad *Anton. Fabrum.* Lib. III. Tr. XII. Qu. 6—8.

digung der Gläubiger erforderlich ist, welcher Anspruch ihnen an den übrigen Gütern des Schuldners verbleibe? Natürlich konnte diese Frage nur dahin entschieden werden, daß ihnen deswegen nur die aus dem Schuldvertrage entspringende persönliche Klage zustehe, mittelst welcher sie ihre Befriedigung aus dem übrigen Vermögen des Schuldners suchen können. Dieß scheint mir, wie auch Wordenhoff [35]) annimmt, der natürliche Sinn der Worte *iure conventionis* zu seyn. Denn daß den Gläubigern, in dem Falle, von welchem in unserm Gesetz die Rede ist, nur eine Specialhypothek allein zustand, bestärken auch die Basiliken [36]), in welchen das Gesetz so lautet: Ἐὰν ὁ δανειςὴς πωλῶν τὴν ἰδικὴν ὑποθήκην, τὸ ἱκανὸν μὴ ὑπομείνῃ, δυνάται λοιπὸν καὶ τὰ ἄλλα πράγματα ἐκδικεῖν, ἢ πιπράσκειν ὡς ὑποκείμενα αὐτῷ. i. e. *Si creditori integra pecunia ex pretio specialis hypothecae numerata non sit, potest residuum et cetera etiam bona iudicio persequi, aut distrahere,* TANQUAM SIBI OBLIGATA. Gesetzt aber auch, man wollte das Gesetz von dem Falle verstehen, da dem Gläubiger, außer der Specialhypothek, auch noch eine Generalhypothek bestellet worden, so würden doch die Worte *iure conventionis* noch immer einen andern sehr natürlichen Sinn zulassen, wenn man einen solchen Fall annimmt, wo ausdrücklich verabredet war, daß das übrige Vermögen nur unter der Bedingung haften und angegriffen werden solle, wenn die Specialhypothek zur Befriedigung des Gläubigers nicht hinreichen sollte, wie auch Koch

35) Cit. Diss. §. 11. in fin.

36) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 7. Const. 31. pag. 76.

Koch [37]) und Gesterding [38]) diese Worte erklären. Es ist demnach kein ausdrückliches Gesetz vorhanden, welches auch dem Schuldner gegen den Gläubiger das Recht einräumt, welches die *L. 2. Cod. de pignoribus* dem nachgehenden Pfandgläubiger gegen den ihm vorgehenden Pfandgläubiger in dem Falle giebt, da diesem eine specielle Hypothek zugleich bestellet worden ist; und selbst in diesem Falle erfordert das Gesetz ausdrücklich, daß es gewiß sey, der erste Gläubiger könne aus der Specialhypothek seine vollkommene Bezahlung erhalten. Kann also der Gläubiger beweisen, daß die Specialhypothek nach ihrer dermaligen Beschaffenheit zu seiner Befriedigung nicht hinreichend sey, welcher Beweis ihm jedoch um so mehr obliegt, da er die Bedingung ausmacht, unter welcher er den ihm sonst gesetzlich vorgeschriebenen Weg verlassen, und, mit Uebergehung der Specialhypothek, sogleich die Generalhypothek angreifen kann [39]); so fällt dann selbst die dem nachgehenden Pfandgläubiger ertheilte Rechtswohlthat weg [40]). Da indessen nicht wohl zu begreifen ist, warum die Verbindung einer besondern Hypothek mit einer allgemeinen nur blos in Ansehung des nachgehenden Pfandgläubigers von Wirkung seyn solle, indem vielmehr ver-

37) Diss. cit. §. 21. pag. 27.

38) Pfandrecht §. 45. S. 348.

39) Hierin hat Herr Prof. Weber in der oben angeführten Abhandlung §. 11. Not. 18. (Versuche S. 142. f.) vollkommen Recht, und Herr Prof. Gesterding §. 45. S. 350. hat diese Meinung aus keinem hinreichenden Grunde widerlegt.

40) S. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad Ant. *Fabrum* Lib. III Tr. XII. Qu. 6. pag. 153. sq. und WORDENHOFF cit. Diss. §. 21. pag. 749. sq.

vernünftiger Weise anzunehmen ist, daß der Schuldner eher auf sich und seine eigenen Verhältnisse Bedacht genommen haben werde, als auf das künftige Interesse eines Dritten; so läßt sich auch wohl in dem Falle, da der Gläubiger den Schuldner selbst, welcher noch beyde Hypotheken besitzt, in Anspruch nimmt, vernünftiger Weise keine andere Intention gedenken, als das die Specialhypothek zunächst und vorzüglich, das übrige zur Generalhypothek gehörige Vermögen aber nur in subsidium Gegenstand der Befriedigung des Gläubigers seyn solle; wenn diese Art der Verpfändung wodurch doch der Gläubiger keine größere Sicherheit erhält, als welche überhaupt eine Generalhypothek gewährt, nicht als eine ganz zwecklose Handlung erscheinen soll. In der Praxis wird jedoch gewöhnlich dem Schuldner die Einrede, daß sich der Gläubiger zuerst an die Specialhypothek halten solle, nicht gestattet [41]).

Endlich die letztere Stelle *L. 2. D. Qui potior. in pignore* handelt gar nicht von unserm Falle. Es ist darin von der Concurrenz zweyer Pfandgläubiger die Rede, von welchen dem erstern eine General- dem letztern aber eine Specialhypothek gegeben worden ist. Hier wird zuerst gesagt, der erstere, welcher die Generalhypothek erhalten hat, gehe dem letztern Special-Pfandgläubiger vor, und dieser könne den erstern Pfandgläubiger nicht auf das übrige Vermögen des Schuldners verweisen, wenn er auch daraus seine Befriedigung erhalten könne. Es ist

41) BERGER Elect. Disceptat. forens. Tit. 46. Obs. 6. n. 1. HAUBOLD ad *Bergeri* Oeconom. iuris Tom. I. pag. 558. Not. a. und RECHENBERG Diss. cit. §. 18.

ist dieses sowohl der Regel, welche in der oben erklärten *L. 2. C. de pignoribus* aufgestellt wurde, als auch andern Gesetzen [42]) gemäß, ob sich gleich keineswegs mit **Franz Alef** [43]) behaupten läßt, daß deswegen unsere *L. 2. D. cit.* durch die *L. 2. Cod. de pignorib.* sey abgeändert worden, weil darin von einem ganz andern Falle die Rede ist [44]). Von jener Regel enthält nun der letztere Theil unseres Gesetzes eine Ausnahme, welche darin besteht, wenn ausdrücklich verabredet worden ist, daß die von der Generalhypothek dem zweyten Gläubiger speciell verpfändete Sache dem ersten Pfandgläubiger nur in subsidium d. h. unter der Bedingung haften solle, wenn er aus der Generalhypothek seine völlige Befriedigung nicht erhalten könnte. Dieß ist unstreitig der Sinn der Worte: *Quod si ea conventio prioris fuit, ut ita demum cetera bona pignori haberentur, si pecunia de his, quae generaliter accepit, servari non potuisset,* wenn sie gleich von vielen anders verstanden worden sind. Die Worte *cetera bona* pflegen zwar sonst eine Generalhypothek zu bezeichnen [45]); allein wollte man diese Bedeutung hier zum Grunde legen, so würde freylich, wie **Cujaz** [46]) bemerkt, der Vertrag, von welchem **Papinian** hier redet, eine sinnlose und höchst lächerliche Ausnahme machen.

42) *L. 8. D. de distract. pignor. L. 6. Cod. Qui potiores in pignore.*

43) Diss. de viribus hypothecae generalis in occursu alterius specialis posterioris. *Heidelbergae* 1762. C. III. §. 14

44) S. BACHOV de pignorib. Lib. IV. Cap. 5. nr. 2.

45) *L. 1. D. de distract. pignor.*

46) Observat. Lib. XI. Cap. 32.

chen. Dieß berechtiget uns aber noch nicht, deswegen das Wort *generaliter*, mit Cujaz in *specialiter* zu verwandeln, wenn ihm gleich hierin viele [47]) beygestimmt haben. Denn es ist eine sehr willkührliche Voraussetzung, daß hier von dem Falle die Rede sey, wo dem ersten Pfandgläubiger eine Specialhypothek nebst einer bedingten Generalhypothek bestellet worden, woran offenbar **Papinian** nicht dachte. Der ganze Zusammenhang lehrt vielmehr, daß hier die *cetera bona* keine anderen seyn können, als welche in dem Vertrage von der Generalhypothek waren ausgenommen worden, und dem Gläubiger nur unter der Bedingung haften sollten, wenn die Generalhypothek unzulänglich wäre. Diese Erklärung nimmt auch **Anton Faber** [48]) an, nur glaubt er, daß doch zu dieser Erklärung die Worte *cetera bona* nicht recht paßten. Er will also dafür *certa bona* lesen. Allein wenn gleich freylich diese Emendation den Fall, von welchem **Papinian** hier redet, genauer bezeichnet; so ist sie dennoch zu verwerfen; zwar nicht aus dem Grunde, welchen **Caspar Schifordegher** [49]) anführt, weil daraus folgen würde, daß es eine

47) GIPHANIUS Explanat. difficil. Legum Cod. ad L. 2. Cod. de pign. pag. 317. HUBER Eunom. Rom. ad L. 2. D. Qui potior. in pign. §. 3. pag. 739. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. OTTO Papinianus Cap. X. §. 7. p. 291. (*Bremae* 1743. 8.) Westphal Pfandrecht §. 41. Gesterding §. 45. S. 346. Russard hat diese Leseart blos am Rande angemerkt; Haloander hat sie aber in den Text aufgenommen. Allein man sehe dagegen *Iusti* MEIERI Ευθοξῶν Iustinianeor. Decad. VII. Cap. III. §. 9—11. p. 1013. sq.

48) Conjectur. iuris civ. Lib. VI. Cap. 13. pag. 154.

49) Ad Ant. *Fabrum* Lib. III. Tract. XII. Qu. 7. pag. 155.

eine Generalhypothek geben könne, welche nicht alle Güter des Schuldners umfaßt; sondern weil gar keine Nothwendigkeit vorhanden ist, von der florentinischen Leseart, welche auch durch die Auctorität der **Basiliken**[50]) unterstützt wird, abzugehen[51]). Denn auch **Faber** setzt ganz unrichtig voraus, daß unter *cetera bona* immer eine Generalhypothek verstanden werde. Nein! *cetera bona* heißen, wie **Papinian** an einem andern Orte[52]) selbst lehrt, die übrigen Güter, welche Jemand noch außer denen hat, deren schon Erwähnung geschehen ist. Es muß also deren nähere Bedeutung immer aus dem Zusammenhange und der Verbindung der Worte beurtheilt werden. Da nun aber nach dem ganzen Zusammenhange der zweyte Theil unsers Gesetzes offenbar eine Einschränkung der in dem ersten Theile aufgestellten Regel enthält; so kann ich der Erklärung eines **Jac. Voorda**[53]) nicht beystimmen, wenn dieser unter *cetera bona* gerade diejenigen Sachen verstehen will, welche nach *L.* 6—8. *D. h. t.* sonst gewöhnlich unter einer Generalhypothek nicht mit begriffen zu seyn pflegen. Denn daran dachte sicher **Papinian**

50) *Tom. IV. Lib. XXV. Tit.* 5. *Const.* 2. pag. 58. da heißt es: Εἰ μὴ ἄρα συνεφώνησε τότε τὰ λοιπὰ ὑποκεῖσθαι, ὅτε διὰ τῶν γενικῶν οὐ δυνάται πληρωθῆναι. i. e. *nisi id actum sit, ut ita demum caetera bona pignori sint, si de his, quae generaliter obligata sunt, ei satisfieri non possit.*

51) S. WORDENHOFF cit. Diss. §. 9. pag. 715. sq.

52) *L.* 42. §. 1. *D. de bonis libertor.*

53) Interpretation. et Emendation. iuris Rom. Lib. II cap. 15. pag. 166.

nian nicht. Sind nun die dem ersten Generalpfandgläubiger blos bedingt verpfändeten Sachen nachher einem andern Gläubiger speciell verpfändet worden, und die Generalhypothek reicht zur Befriedigung des ersten Gläubigers hin; so fällt nun die Bedingung, unter welcher diese dem zweyten Gläubiger speciell verpfändeten Sachen dem ersten Gläubiger haften sollten, weg, mithin ist nun derselbe in Rücksicht seiner Hypothek nicht sowohl ein vorgehender, als vielmehr alleiniger Pfandgläubiger. Dieß lehren die letztern Worte unserer *L.* 2. *Deficiente secunda conventione, secundus creditor in pignore postea dato non tam prior, quam solus invenietur.* Die Worte *secunda conventione* geben hier zu erkennen, daß mit dem ersten Pfandgläubiger, dem zuerst eine unbedingte Generalhypothek war gegeben worden, nachher noch ein zweyter Vertrag geschlossen war, vermöge welchen derselbe sich's gefallen ließ, daß gewisse zur Generalhypothek gehörigen Sachen, welche einem zweyten Gläubiger verpfändet werden sollten, nur bedingt und auf den Fall für seine Forderung haften sollten, wenn dieselbe aus der Generalhypothek nicht ganz bezahlt werden könnte. Von diesem zweyten Vertrage sagt nun das Gesetz *deficit*, wenn die Bedingung desselben nicht eintritt, **Hotoman** [54]) meint zwar, man müsse lesen: *deficiente secundae conventionis conditione;* allein auch diese Emendation ist unnöthig, da der Ausdruck *deficere* sehr gewöhnlich ist, um dadurch anzuzeigen, daß eine rechtliche Wirkung, z. B. wegen nicht eingetretener Bedingung, weg-

54) Comment. ad L. 2. Cod. de pignorib.

wegfällt [55]). In den Basiliken [56]) heißt es: τηνικαῦτα γάρ δυναμένου αὐτοῦ πληρωθῆναι διὰ τῶν γενικῶν, μόνος ὁ δεύτερος δανειςὴς ὑποθήκην ἔχει τοῦ δοδέντος αὐτῷ. i. e. *tunc enim, si generalis hypotheca sufficiat, solus secundus creditor in suo pignore hypothecam habet.*

§. 1080.

Pignus *praetorium* und *iudiciale.*

Man pflegt zwar im allgemeinen Sinn jedes Pfandrecht, *pignus praetorium* zu nennen, welches dem Gläubiger unter richterlicher Auctorität bestellt wird [57]); allein im eigentlichen Sinn wird nur dasjenige Pfandrecht ein prätorisches genennt, welches nach dem prätorischen Recht dem Gläubiger noch vor der Litiscontestation oder wenigstens vor der richterlichen Sentenz durch Einweisung in die Güter des Schuldners bestellet wird [58]). Nach Ul-

55) *Deficere* für cessare kommt vor *L.* 31. §. 18. *D. de aedilit. edicto. L.* 1. §. 19. *D. Si quid in fraudem patroni. L.* 27. §. *ult. D. de pact. dotal. L.* 4. *C. ad SCt. Vellejan. L.* 21. *D. de praescr. verbis.* S. BRISSONIUS de Verbor. Signif. h. voc.

56) Cit. loc. Tom. IV. pag. 58.

57) DONELLUS Tr. de pignorib. cap. 6. BALDUINUS de pignor. Cap. 3. und MARANUS Paratitl. Dig. Lib. XX. Tit. 4. pag. 494. sq.

58) *L.* 26. §. 1. *D. de pigner. act. L.* 12. *D. pro emt. L.* 1. *et* 2. *Cod. de praet. pign. L.* 3. *et* 5. *Cod. Ut in possess. legator. Iac.* CUJACIUS Observat. Lib. V. cap. 30. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. LVI. Err. 8. *Lud. Conr.* SCHROEDER Opusc. de natura et effectibus pigno-

Ulpian [59]) kann dasselbe hauptsächlich aus dreyerley Ursachen ertheilt werden, nämlich 1) *rei servandae causa*, 2) *legatorum servandorum gratia*, und 3) *ventris nomine*. Ulpian führt zwar noch eine missio an, quae fit *damni infecti nomine, si non caveatur*. Allein hier geschahe nicht, wie bey jenen, die Einweisung in das ganze Vermögen des Schuldners, sondern nur in die Sache, von welcher eine Gefahr befürchtet wird, wie Ulpian selbst bemerkt.

1) Die Einweisung, welche *rei servandae causa* geschahe, hatte nach dem Röm. Recht statt, wenn der Beklagte sich der geleisteten Caution gemäß nicht vor Gericht stellte; oder sich gar nicht sehen ließ, um ihn belangen zu können, und ihn auch Niemand vor Gericht vertrat [60]); oder wenn die Gläubiger einen Erben für suspect hielten, und dieser dem Decret des Prätors, welches ihm Satisdation auflegte, keine Folge leistete [61]). Hier sahe man die Immission des Gläubigers zugleich als eine Strafe des Ungehorsams an [62]). Sie wurde aber auch ausserdem blos zur Sicherheit des Gläubigers in folgenden Fällen verfügt, wenn nämlich der Schuldner starb, und es lange Zeit ungewiß blieb, ob sich ein Erbe finden

pignoris praetorii atque iudicialis. *Marburgi* 1751. 4. Sect. I. cap. I. §. 2—4. Ge. Happel Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder S. 31. ff. Gesterding Pfandrecht §. 19.

59) *L. 1. sqq. D. Quib. ex caus. in possess. eatur.*

60) *L. 2. pr. et* §. 2. *L. 7.* §. 1. *D. eodem. L. 9. Cod. de bonis auctoritate iud. possidend.*

61) *L. 31.* §. 3. *D. de rebus auct. iud. possid.*

62) *L. 19. D. de in ius voc.*

finden werde; oder ihn wirklich Niemand, auch selbst der Fiskus nicht beerben wollte [63]); oder wenn der eine Erbe die Erbschaft schon ausgeschlagen hatte, der andere aber noch deliberirte, ob er die Erbschaft antreten wolle [64]); oder wenn der Schuldner nicht belangt werden konnte, weil er abwesend, z. B. in feindlicher Gefangenschaft, und dabey ohne Vertheidiger war [65]); oder wenn er noch Pupill, oder wahnsinnig war, und keinen Vormund oder Curator hatte, oder dieser ihn nicht vor Gericht vertrat, noch sonst Jemand ihn vertreten wollte [66]); oder wenn die Forderung des Gläubigers noch von einer Bedingung abhieng, deren Erfüllung abzuwarten, dem Gläubiger hätte nachtheilig werden können [67]). Ueberall war jedoch eine

63) *L.* 8. *D. Quib. ex causis in possess. eatur.* L. 5. *et* 6. *Cod. de bonis auct. iud. possidend.* *L.* 1. *Cod. Ne pro dote mulieris bona mariti addic.*

64) *L.* 9. *D. Quibus ex causis in possess.*

65) *L.* 6. §. 2. *L.* 13. *D. Eodem.*

66) *L.* 5. *D. Eodem.*

67) *L.* 6. *pr. D. eodem.* Zwar sagt *L.* 14. §. 2. *D. eodem*: Creditor autem conditionalis in possessionem non mittitur, quia is mittitur, qui potest bona ex Edicto vendere. Allein dieß geht auf die missio ex secundo decreto, welche zum Verkauf der Güter, in welche die Immissio ex primo decreto geschehen war, berechtigte. Denn dieser ist vor dem Eintritt der Bedingung nicht erlaubt. *L.* 7. §. 14. *D. eod.* S. CUJACIUS Observat. Lib. X. cap. 32. *Lud.* VITALIS Lection. Variar. Lib. II. cap. 14. nr. 1. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* T. II. pag. 676.) HUBER Praelect. iur. civ. ad Pand. Lib. XLII. Tit. 4. §. 2. und *Ios.* FINESTRES Hermogenian. pag. 310.

ne solche missio in possessionem nur dann nöthig, wenn der Schuldner nicht selbst sein Vermögen seinen Gläubigern angeboten, oder die Wohlthat der Güterabtretung (cessio bonorum) ergriffen hatte. Denn hier bedurfte es eben so wenig einer richterlichen Einsetzung in den Besitz, als bey den Römern keine gerichtliche Immission nöthig war, wenn Jemand, ausser dem Falle des Schuldenwesens, sein sämmtliches Vermögen auf einen Andern unter den Lebenden übertragen wollte [68]). Es erhielten auch nur die chirographarischen Gläubiger die gerichtliche Immission [69]). Denn die hypothekarischen Gläubiger waren schon durch ihr Pfandrecht hinlänglich gesichert. Erstere hingegen mußten zur Sicherung ihrer Forderungen, falls sie anders die Existenz derselben, wie ihnen zu thun oblag, darthun konnten [70]), den Weg einschlagen, welchen ihnen die missio in bona debitoris *rei servandae causa* in den oben angegebenen Fällen eröfnete. Daher kommen in den römischen Gesetzen über diese missio immer nur solche Gläubiger in Betrachtung, welche mit keiner Hypothek versehen waren [71]). Diese erhielten

68) S. Dabelow ausführl. Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. S. 262.

69) Dabelow a. a. O. S. 273 und von Gönner Handbuch des gemeinen Prozeßes 4. Band Nr. LXXXII. §. 2.

70) *L. 9. Cod. VII. 72. de bonis auct. iud. possid.*

71) *L. 10. Cod. eodem.* Cum apud veteres quaestionem ortam invenimus super pecuniis debitis, *pro quibus hypothecae non sunt constitutae*, propter res ad debitorem pertinentes, dum is severiores creditores formidans, *sese celaverit*, et illi de rebus ad eum pertinentibus competentia

hielten durch die Immission zwar keinen juristischen Besitz [72]), ob ihnen gleich das Interdictum ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, zu statten kam [73]), aber sie erhielten ein prätorisches Pfandrecht [74]) und vor der Hand die Aufsicht über das Vermögen [75]). Die Immission geschahe nun zwar, sofern ein Gläubiger nicht etwa blos an einzelne Sachen Ansprüche machte, in das ganze Vermögen [76]), selbst mit Inbegriff der ausstehenden Forderungen des Schuldners [77]); doch immer nur in dasjenige Vermögen, was hypothekarische oder privilegirte Gläubiger übrig ließen. Denn solange diese nicht befriediget waren, konnten jene gar nicht an das Vermögen kommen [78]). Der Gebrauch dieser Mission schreibt sich wahr-

tentia ingrediantur iudicia, *postulentque in possessionem rerum sese transmitti*; etc.

72) *L.* 12. *D. Quibus ex causis in possess. eat.* *L.* 9. *D. de rei vindicat.* von Savigny Recht des Besitzes §. 23. S. 267. der 2. Aufl.

73) *L.* 1. §. 2. *D. Ne vis fiat ei, qui in possess. missus est.*

74) *L.* 26. *pr. D. de pigner. act.* *L.* 3. §. 1. *D. de rebus eor. quae sub tutela vel cura sunt.*

75) *L.* 12. *D. Quib. ex causis in possess.* *L.* 10. §. 1. *D. de acquir. vel amitt. possess.*

76) *L.* 1. *D. Quib. ex caus.* *L.* 7. §. 17. *et* 18. *D. eod.* S. SCHIFORDEGHER ad *Ant. Fabrum* Lib. I. Tr. VII. Qu. 1. Auch CICERO in *Orat. pro Quinctio.* Cap. 89. sagt: *Quod possessio bonorum spectetur non in aliqua parte, sed in universis, quae teneri ac possideri possunt.*

77) *L.* 1. *Cod. de praetorio pignore.* S. Westphals Pfandrecht §. 43. Not. 66.

78) Dabelow a. a. O.

wahrscheinlich von der Zeit her, da durch die Lex Petillia Papiria de obaeratis debitoribus vom Jahr der Erb. Roms 427. an die Stelle der ehemaligen Addiction, welche den Schuldner zum Sklaven seines Gläubigers machte, die proscriptio bonorum trat, vermöge welcher die Gläubiger auf ihr Ansuchen vom Prätor in den Besitz des schuldnerischen Vermögens gesetzt, und ermächtiget wurden, dasselbe zu verkaufen [79]). Ehe jedoch zum Verkauf geschritten werden konnte, wurde noch eine zweyte richterliche Verfügung erfordert, welche missio ex secundo decreto genennet wird; diese kam aber nur in dem Falle vor, wenn sich der Schuldner absichtlich den Ansprüchen des Gläubigers entzog [80]), und die ihm zu seiner Vertheidigung gesetzten Fristen, welche nach einer Verordnung des Kaisers Justinian [81]) wenigstens den Zeitraum eines Jahres ausfüllen

79) Dabelow S. 83—92.

80) *L.* 7. §. 1. *D. Quib. ex caus. in possess. eatur.* Praetor ait: *Qui fraudationis causa latitavit, si boni viri arbitratu non defendetur, eius bona possideri vendique iubebo.* Add. *L.* 9. *Cod. de bonis auctoritate iud. possid.* S. SCHROEDER Opusc. cit. de natura et effectib. pignoris praetorii. Sect. I. Cap. I. §. 28. sqq. Happel Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder 2. Abschn. S. 63. ff. und Schweppe System des Concurses der Gläubiger. §. 2.

81) *L.* 8. §. 3. *Cod. de praescript.* 30. *vel* 40. *annor.* Vor Justinian wurden dem Schuldner, nachdem er nochmals öffentlich war vorgeladen worden, zu seiner Vertheidigung drey Fristen, jede von 10. Tagen, gesetzt, nach deren fruchtlosen Ablaufe zum Verkauf geschritten werden konnte. CICERO *Orat. pro*

füllen mußten, fruchtlos abgelaufen waren; auch sonst Niemand seine Vertheidigung übernahm [82]). War hingegen der Schuldner abwesend, ohne sich vor seinen Gläubigern verbergen zu wollen, z. B. er war in feindliche Gefangenschaft gerathen, oder in Angelegenheiten des Staats abwesend [83]); war ferner der Schuldner noch unmündig oder wahnsinnig, oder ein erklärter Verschwender, der unter der Curatel stand [84]); so durfte, den Fall der rechtlichen oder factischen Nothwendigkeit abgerechnet [85]), mit dem Verkauf nicht geeilt, sondern es mußte bis zur Aufhebung des Hindernisses damit gewartet, und einstweilen ein Curator zur Verwaltung der Güter bestellt werden [86]). Kam es endlich zum Verkaufe, so machten sich

pro Quinctio Cap. 30. *L.* 9. *Cod. Quomodo et quando iudex sententiam proferre debeat praesentib partib. vel una parte absente.* VII. 43. *L.* 69. *et L.* 73. *pr. D. de iudic.* SCHROEDER Opusc. cit. §. 41. sqq.

82) *L.* 22. *D. Ex quib. caus. majores.* War die missio ex secundo decreto einmal erfolgt, so blieb dem Schuldner nichts anders übrig, als der Weg der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wenn er beweisen konnte, daß er sich nicht vor den Gläubigern verborgen gehalten habe. *L.* 21. §. 1. *D. Ex quib. caus. majores.* S. SCHROEDER cit. Opusc. §. 48.

83) *L.* 6. §. 1. *et* 2. *D. Quib. ex caus. in possess. eatur.*

84) *L.* 3. *L.* 5. *L.* 7. §. 9. 10. *et* 12. *D. eodem.*

85) *L.* 7. §. 11. *D. eodem.*

86) *L.* 21. §. 2. *D. Ex quib. caus. majores.* *L.* 6. §. 1. *et* 2. *D. Quib. ex caus. in possess.* *L. ult. D. de rebus auct. iudicis possid.* S. CUJACIUS Observat. Lib. X. cap. 31. SCHROEDER Opusc. cit. §. 54. sqq. und Happel Rechte der Gläubiger. S. 65. ff.

sich die Gläubiger aus den erlößten Kaufgeldern nach dem Verhältniß ihrer Forderungen bezahlt[87]), ohne daß ein Unterschied zwischen denen, welche früher, und denen, welche später die Immission erhalten hatten, Statt fand[88]). Denn die erlangte Immission gab dem Immittirten kein ausschließliches Recht, sondern sie kam auch den übrigen Gläubigern zu Statten[89]), wenn sie sich nur noch zur rechten Zeit, nämlich die in derselben Provinz wohnten, binnen zwey, die übrigen binnen vier Jahren meldeten, und denen ihren Antheil an den Kosten ersetzten, welche die Mission erhalten hatten[90]). Ein Eigenthum hingegen erwarben die Gläubiger an den Gütern, in welche sie immittirt worden waren, auch durch das zweyte Decret nicht[91]). Nur in dem Falle, da der Gläubiger wegen einer Realklage die Immission in die Sache erhalten hatte, welche den Gegen-

87) *L. ult. D. de curat. bonis dando. Nov. LIII. cap.* 4. S. CUJACIUS in Exposit. ad h. Nov. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XXIII. c. 12. SCHIFORDEGHER ad Ant. *Fabrum* Lib. I. Tract. VII. Qu. 1. p. 52. SCHROEDER Opusc. cit. Sect. I. c. 3. §. 108.

88) *L.* 5. §. 2. *et* 3. *D. Ut in possessionem legator. L.* 12. *pr. D. de reb. auct. iud. possid.* VOET Comm. ad Pand. Lib. XLII. Tit. 4. §. 5. SCHROEDER Opusc. citat. Sect. I. Cap. 3. §. 102 — 105. §. 122 — 125.

89) *L.* 12. *pr. D. cit.*

90) *L.* 10. *Cod. de bonis auct. iud. possid.*

91) *L.* 8. *Cod. eodem.* In possessionem rei servandae uxor defuncti, vel alii creditores missi, *dominium ex ea causa tenentes adipisci minime possunt.* S. SCHIFORDEGHER c. l. Qu. 5. pag. 56. GIPHANIUS Explanat. difficilior. LL. Cod. Prolegom. in Libr. VIII. pag. 262. sqq.

genstand seines Anspruchs ausmachte, ging durch die missio ex secundo decreto ein wahrer Civilbesitz auf den Gläubiger über [92]), der ihn auch zugleich zu dem Genuß der Früchte berechtigte [93]).

II. *Legatorum servandorum gratia* wurde der Legatar immittirt, wenn das Vermächtniß wegen einer Bedingung, oder Zeitbestimmung, oder eines sonstigen Hindernisses nicht sogleich nach dem Antritt der Erbschaft gefordert werden konnte, und der Erbe die ihm deshalb obliegende Caution nicht leisten wollte [94]). Diese missio geschahe nach dem Edict blos in die zur Erbschaft gehörigen Güter [95]), und gab weder Eigenthum noch juristischen Besitz [96]), sondern nur, wie jede andere Immission, Aufsicht über das Vermögen, und ein prätorisches Pfandrecht [97]). Jedoch wurde der Erbe nicht exmittirt, sondern er

92) *L.* 8. *Cod. Quomodo et quando iudex.* A quo (sc. Praeside provinciae) ter citatus, si contumaciter praesentiam sui facere neglexerit: non abs re erit, vel ad cogendum eum, ut sese repraesentet, vel *possessionem bonorum, cui incumbit, ad te transferre, et adversarium petitorem constituere;* vel auditis defensionibus tuis id, quod iuris ratio exegerit, iudicare. Adde *L.* 8. §. 3. *Cod. de praescr.* 30. *vel* 40 *annor.* SCHROEDER Opusc. cit. Sect. I. Cap. I. §. 73. sqq.

93) *L.* 7. §. 19 *D. Quibus ex caus. in possess.*

94) *L.* 1. §. 1. *D. Ut in possession. legatorum.*

95) *L.* 5. §. 5. *D. eodem.*

96) *L.* 5. *pr. D. eodem.*

97) *L.* 3. §. 1. *D. de reb. eorum, qui sub tut. vel cura sunt. L.* 5. *Cod. Ut in possess. legator.* Qui legati sive

er sollte nur durch den lästigen Mitbesitz, welchen der Legatar erhielt, zu der schuldigen Cautionsleistung genöthiget werden[98]). Sie unterschied sich aber von jener Mission, welche rei servandae causa geschahe, vorzüglich darin, daß sie bloß dem immittirten Legatar ein Recht gab, welches keinem andern Legatar zu statten kam, der nicht selbst die Immission erhalten hatte[99]). Ein Vorzug der Zeit kam indessen auch hier nicht in Betrachtung, wenn mehrere Legatare die Immission erhalten hatten[100]). Man unterscheide davon eine andere Art der Immission, welche aber für keine eigentliche missio ex secundo decreto gehalten werden kann, denn eine solche gab es hier nach dem Edict des Prätors nicht[1]); sondern welche nach einer

sive fideicommissi causa in possessionem mittuntur, non proprietatem nanciscuntur, sed ius pignoris.

98) *L.* 5. *pr. D. Ut in possess. legator.* Is, cui legatorum fideive commissorum nomine non cavetur, missus in possessionem, nunquam pro domino esse incipit; nec tam possessio rerum ei, quam custodia datur, neque enim expellendi heredem ius habet, sed simul cum eo possidere iubetur, *ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem.*

99) *L.* 5. *§.* 2. *D. eodem.* Si plures legatarii mitti in possessionem desideraverint, omnes venire debent in possessionem. *Is enim, qui ex causa legatorum possidet, sibi, non alii, possidet.*

100) *L.* 5. *§.* 3. *D. eodem.*

1) S. SCHRÖEDER Opusc. de natura et effect. pignoris praetorii. Sect. I. Cap. I. §. 24. Der Legatar hat daher auch kein ius distrahendi; nur solche Sachen, welche dem Verderb ausgesetzt sind, darf er verkaufen, das daraus gelösete Geld

ner Constitution des Kaisers Antoninus dem Legatar in die eigenen Güter des beschwerten Erben ertheilt wurde, wenn nämlich nach Ablauf von 6. Monaten, seitdem der Legatar das Vermächtniß gefordert hatte, der Erbe noch immer mit der Auszahlung desselben zögerte[2]). Man pflegt diese Immission missio *Antoniniana* zu nennen[3]), und sie unterscheidet sich von jener, welche legatorum servandorum causa verfügt wurde, darin, daß sie ein schon betagtes Vermächtniß voraussetzte[4]); auch dem Legatar zum Genuß der Früchte aus den Gütern des Erben berechtigte, bis er, dem Willen des Erblassers zu Folge, daraus seine Befriedigung erhalten hatte[5]). Diese Immission

Geld aber muß er einstweilen als ein Depositum verwahren. *L. 27. D. de reb auct. iud. possid. L. 5. §. 22. D. Ut in possess. legator.*

2) *L. 5. §. 16. D. eodem.* Imperator ANTONINUS Augustus rescripsit: *Certis ex causis etiam in propria bona heredis legatarios et fideicommissarios esse mittendos, si post sex menses, quam aditi pro Tribunali fuerunt hi, quorum de ea re notio est, in satisfactione cessatum est: inde fructus percepturos, quoad voluntati defunctorum satisfiat. Quod remedium servaretur et adversus eos, qui ex qua causa fideicommisso moram faciunt.*

3) S. TEXTOR Diss. de immissione Antoniniana.

4) *L. 5. §. 17. D. eodem.* Satisfactionis verbum licet latius patet, tamen *ad exsolvendum legatum* refertur.

5) Die Früchte rechnet der Legatar, wie ein Pfandgläubiger, zuerst auf die Zinsen, dann auf das Kapital ab. *L. 5. §. 16. et 21. D. eodem.* Quaeri poterit, an in vicem usurarum hi fructus cedant, quae in fideicommissis debentur? *Et cum exemplum pignorum sequimur, id quod ex fructi-*

mission konnte der Legatar erhalten, wenn auch die Caution dem Erben erlassen war[6]); ein Beweis, daß sie keine missio ex secundo decreto gewesen; ob sie gleich freylich auch dann noch Statt finden konnte, wenn der Legatar vorher, wegen eines bedingten Vermächtnisses, der Caution wegen, war immittirt worden; nämlich wenn nachher die Bedingung des Legats in Erfüllung trat, und der Erbe mit der Auszahlung des Vermächtnisses zögerte. Diese Immission hatte sowohl bey Vermächtnissen, als Fideicommissen statt.

III. Die missio in possessionem *ventris nomine* wurde ursprünglich zu Gunsten präterirter Postumorum[7]) eingeführt, und vertrat die Stelle einer bonorum possessio contra tabulas[8]). Sie ist aber nachher auf alle diejenigen Kinder ausgedehnt worden, welche, wenn sie schon gebohren wären, den verstorbenen Erblasser beerben, oder

bus percipitur, primum in usuras, mox si quid superfluum est, in sortem debet imputari.

6) *L.* 5. §. 18. *D.* eodem.

7) *L.* 1 §. 2. *D. de ventre in possess. mitt.* Totiens autem mittitur in possessionem venter, *si non est exheredatus, et id, quod in utero erit, inter suos heredes futurum erit.* S. SCHROEDER Opusc. de natura et effect. pignoris praetorii Sect. I. Cap. I. §. 15. et §. 25.

8) *L.* 1. *pr. D. de ventre in possessionem mitt.* Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam Praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sunt, propter spem nascendi non neglexit. *Nam et hac parte Edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis.* Vid. *et* §. 1. *et* 2. *I. de exheredat.*

oder eine wahre bonorum possessio nach dem Edict des Prätors erlangen könnten[9]). Da nun, so lang das Kind noch ungebohren ist, nach dem Edict des Prätors noch keine wahre bonorum possessio statt findet[10]); so erhält einstweilen der Venter, d. h. die schwangere Wittwe, den Besitz der Erbschaft zur Sicherung der Ansprüche des noch ungebohrnen Kindes, bis man sieht, was es mit ihrer Schwangerschaft für einen Ausgang gewinnt[11]); und genießt auch bis dahin die Alimente aus derselben[12]). Zu dem Ende wird ein Curator gesetzt, sowohl für den Venter, als für die Güter[13]), welchem zugleich die Sorge obliegt, der Wittwe den standesmässigen Unterhalt aus dem Nachlaß zu reichen[14]). Es ist auch der Fall mög-

9) *L. 7. pr. D. Eodem.* Ubicunque ab intestato admittitur quis, illic et venter admittitur; *scilicet si talis fuerit is, qui in utero est, ut si in rebus humanis esset, bonorum possessionem petere posset;* ut in omnibus partibus Edicti pro superstite habeatur is, qui in utero est. — *L. ult. D. eodem.* Postumus natus quocunque tempore, qui tamen testatoris morte conceptus iam erit, potest agnoscere bonorum possessionem. *Nam et ventrem Praetor ex omnibus Edicti partibus mittit in possessionem bonorum: non missurus scilicet, si ei nato daturus non esset bonorum possessionem.*

10) *L. 1. §. 11. D. eodem. L. 2. §. 11. D. ad SCtum Tertull.* Koch Bonorum possessio. §. 21.

11) *L. 1. §. 27. D. eodem.* Tam diu autem venter in possessione esse debet, quam diu aut pariat, aut abortum faciat, aut certum sit, eam non esse praegnantem.

12) *L. 1. §. 17. D. eodem.*

13) *L. 1. §. 17. 18. 21.—23. D. eodem.*

14) *L. 1. §. 19. D. eodem.*

möglich, daß zwey von demselben Erblasser schwangere Wittwen in den Besitz seines Nachlasses immittirt werden können[15]). Wird jedoch der angegebene Zustand der Wittwe streitig gemacht, ob sie nämlich mit dem Erblasser verheyrathet gewesen, oder auch seine Schwiegertochter sey; denn auch diese kann die Einweisung in den Nachlaß des Großvaters ihres noch zu gebährenden Kindes erhalten[16]; oder ob das Kind auch wirklich von ihrem verstorbenen Manne sey, oder ob sie sich überhaupt schwanger befinde; so muß eine summarische Untersuchung vorausgehen, und nach dem Beyspiel des Carbonianischen Edicts ein Decret interponirt werden[17]). Bleibt auch dann die Sache noch zweifelhaft, so muß eine bonorum possessio ex Edicto Carboniano ertheilt werden[18]. Endlich

IV. *damni infecti nomine* gab der Prätor demjenigen die Immission, der von dem baufälligen Gebäude eines Andern, oder sonst einem benachbarten Grundstücke, oder einer damit zusammenhängenden schadhaften Sache Ge-

15) *L.* 1. §. 16. *D. eodem.* Si quis prima uxore praegnante facta, mox aliam duxerit, eamque praegnantem fecerit, diemque suum obierit; Edictum ambobus sufficiet: videlicet cum nemo contendit, nec calumniatricem dicit.

16) *L.* 1. §. 14. *D. eodem.* Si ea, quae in possessionem vult ire, uxor negetur, vel nurus, vel esse vel fuisse; vel ex eo praegnans non esse contendatur: decretum interponit Praetor ad exemplum Carboniani Edicti. Et ita D. HADRIANUS *Claudio Proculo* Praetori rescripsit, ut summatim de re cognosceret.

18) *L.* 10. *D. de Carbon. Edicto.* Cum mulier deferente herede iuraverit, se praegnantem esse, bonorum possessio ex Edicto Carboniano dari debet.

Gefahr zu besorgen hatte, und deswegen durch die verlangte cautio damni infecti keine Sicherstellung erhielt[19]). Die Immission geschahe aber hier blos in den Theil des Grundstücks, woraus der Schaden zu besorgen war[20]); nur bey Häusern war es anders. Hier geschahe die Immission nach der Meinung des Sabinus in das ganze Haus, wenn auch nur ein Theil desselben baufällig war[21]). Der Immittirte erhielt jedoch zuerst nur den Mitbesitz[22]) nebst den allgemeinen Rechten der Immission, wohin

19) *L.* 7. *pr. D. de damno infecto.* *L.* 15. §. 3. *L.* 19. §. 1. *L.* 24. §. 2. *et* 9. *D eodem.*

20) *L.* 1. *D. Quib. ex caus. in poss. eatur.* *L.* 38. §. 1. *D. eodem.* Si agri nomine non caveatur, in eam partem agri mittendum est, *ex qua periculum timeatur;* eiusque rei ratio haec est, quod in aedificiis partes quoque reliquae a vitiosa parte traherentur, at in agris non idem est: sed dicendum est, ut in domibus quoque maioribus interdum causa cognita Praetor statuere debeat, in cuius partis possessionem is, cui non caveatur, mitti debeat.

21) *L.* 15. §. 12. *D. eodem.* An vero in totas aedes missio locum habeat, videamus? Et extat *Sabini* sententia, in totas aedes mittendum: alioquin si ex superficie, inquit, damnum timeatur, non habebit res exitum: nec profuturum, in possessionem eius rei mitti, quam quis possidere non possit, aut ei non expediat. Et verior est *Sabini* sententia. S. WESTPHAL de libertate et servitutib. praedior. §. 282.

22. *L.* 15. §. 20. *D. eodem.* Si quis autem in possessionem missus, nondum possidere iussus: an dominus decedere possessione debeat, videamus? Et ait LABEO, non decedere: sicuti nec cum creditores vel legatarii mittuntur: idque est verius. WESTPHAL c. l. §. 284.)

hin denn auch das prätorische Pfandrecht gehört[23]); blieb aber diese Immission fruchtlos, ohne die drohende Gefahr abzuwenden, oder die schuldige Caution zu leisten; so konnte nun nach Ablauf einiger Zeit, deren nähere Bestimmung dem richterlichen Ermessen überlassen blieb[24]), der Immittirte ex secundo decreto, mit Vertreibung des vorigen Besitzers[25]), den alleinigen Besitz, ja sogar ein Eigenthum erwerben[26]).

Heut zu Tage fällt dieß alles weg. Die Immission kommt, wie überhaupt, so auch in Schuldensachen, in Teutschland nicht mehr vor[27]); am wenigsten aber in so fern sie nach dem Römischen Rechte als ein Mittel, den Ungehorsam zu bestrafen, gebraucht wurde. Denn in dieser Hinsicht ist sie selbst in den teutschen Reichsgesetzen aufgehoben, wie auch bereits bey einer andern Gelegenheit in

23) *L.* 3. §. 1. *D. de rebus eorum, qui sub tut. vel cura sunt.*

24) *L.* 15. §. 21. *D. de damno infecto.*

25) *L.* 15. §. 23. *D. eodem.* Ubi autem quis possidere iussus est, dominus deiiciendus erit possessione.

26) Zwar eigentlich nur ein prätorisches Eigenthum, weshalb der Immittirte, wenn ihn ein Dritter aus dem Besitz vertrieb, sich der actio publiciana bedienen konnte. *L.* 18. §. 15. *D. eodem.* Ein dominium civile mußte er erst durch Usucapion erwerben. *L.* 5. *pr.* *L.* 15. §. 16. *et* 17. *D. eodem.* *L.* 1. *pr. D. de fundo dot.* S. *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. VII. c. 4. et Lib. XX. cap. 11. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad Ant. *Fabrum.* Lib. I. Tract. VII. Qu. 4. SCHROEDER Opusc. de nat. et effect. pignoris praet. Sect. I. Cap. I. §. 14. et §. 23. und WESTPHAL c. l. §. 290—292.

27) Schweppe System des Concurses der Gläubiger §. 7.

in diesem Commentar[28]) bemerkt worden ist. Ohnehin macht die den Legataren und Fideicommissaren gegebene gesetzliche Hypothek die cautio legatorum servandorum, und mithin auch die im Weigerungsfall vom Prätor verfügte Immission des Legatars überflüssig, Denn wozu braucht er nun noch ein prätorisches Pfandrecht[29])? Eben so ist auch die missio damni infecti causa nicht mehr im Gebrauch. Denn die Caution wird jetzt zur Strafe des Ungehorsams für geleistet angenommen, und dieses Präjudiz gleich in dem Decret, worin die Cautionsleistung auferlegt wird, auf den Unterbleibungsfall angedrohet[30]). Nur die missio in possessionem ventris nomine ist es allein, welche noch jetzt im Gebrauche ist[31]).

Unterschieden von dem prätorischen Pfandrecht, von welchem bisher gehandelt worden, ist das *pignus iudiciale*[32]). Es wird darunter dasjenige Pfandrecht verstanden, welches vom Richter, nach der Litiscontestation,

28) 3. Th. 2. Abth. §. 257. S. 511. Man sehe indessen WERNHER Sel. Observat. for. T. I. P. II. Obs. 439.

29) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XXXVI. Tit. 4. §. 5. und Schweppe Röm. Privatrecht. 3. B. §. 834.

30) S. Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen u. Einreden §. 1235. Not. q.

31) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XXXVII. Tit. 9. §. 7.

32) *Christ. Wilh.* KÜSTNERI Pignus in causa iudicati captum. *Lipsiae* 1744. SCHROEDER Opusc. cit. de natura et effectibus pignoris praetorii atque iudicialis. Sect. I. Cap. II. pag. 78. sqq. *Frid. Es.* a PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 61.

tion, und erfolgten Verurtheilung des Schuldners, zur Vollstreckung des rechtskräftigen Erkenntnisses, in den Gütern desselben, durch Wegnahme von so viel Sachen, als zur Befriedigung des Gläubigers nöthig sind, in dem Falle bestellet wird, wenn der Schuldner binnen der ihm dazu gesetzten Frist den Gläubiger nicht befriediget[33]). Der Name *pignus iudiciale* ist nicht römisch, sondern doctrinel. Die Gesetze nennen es *pignus in causa iudicati captum*[34]). Uebrigens kam hierbey der ehemalige Unterschied zwischen magistratus, und iudex pedaneus in keinen Betracht; denn so wie nur ein Magistrat, z. B. der Prätor, oder Präses der Provinz, ein pignus praetorium bestellen konnte[35]); so hatte auch nur der Magistrat, der den Judex bestellt hatte, die Macht, das von diesem gesprochene Urtheil zu vollstrecken[36]) und durch Auspfändung ein pignus iudiciale zu bestellen[37]). Nicht einmal den Obrigkeiten in den Municipien stand das Recht der Auspfändung ohne Auctorität des Präses der Provinz zu[38]); geschweige den iudicibus

33) Vid. *Tit. Cod. Si in causa iudicati pignus captum sit. VIII. 23. L. 10. D. Qui potior. in pignore. L. 2. Cod. VII. 53. de execut. rei iudic.*

34) Vid. *Tit. Cod. cit.*

35) KÜSTNER Diss. de ritu pignor. capiendor. in republica Rom. §. 2.

36) *L. 15. pr. D. de re iudic.*

37) *L. 3. §. 1. D. de reb. eor. qui sub tut.*

38) *L. 11. Cod. de pignor. et hypoth.* Nominatori pignori capere, sine Praesidis auctoritate, res nominati non licet. *Nominatores* heißen die obrigkeitlichen Personen in den Mu-

cibus pedaneis, welche gar keine Jurisdiction hatten, sondern bloß von den Befehlen des Magistrats abhingen, von dem sie waren den Partheyen gegeben worden[39]. Die Bestellung eines pignoris iudicialis setzte also bey dem, welcher solches verfügte, schlechterdings ein ius iubendi voraus[40]), und es wäre daher höchst irrig, wenn man von dem iudex pedaneus den Namen pignus iudiciale ableiten wollte[41]), wie man schon daraus sieht, weil ein solches Pfandrecht durch Vollstreckung eines rechtskräftigen Erkenntnisses vom Prätor bestellt werden konnte, wenn er auch, ohne einen Judex, extra ordinem selbst gesprochen hatte[42]). Das *pignus iudiciale* setzt nun also

1) ein richterliches Erkenntniß voraus, welches in die Rechtskraft übergegangen ist. Hierdurch unterscheidet sich vorzüglich dieses Pfandrecht von dem pignus praetorium, welches noch vor der Litiscontestation bestellt wurde. Wie nothwendig aber ein rechtskräftiges Urtheil zur Gültigkeit eines pignoris iudicialis erfordert wird, lehrt **Ulpian** *L.* 58. *D. de re iudicata.* Si, *cum nulla sen-*

nicipalstädten. S. KÜSTNER Diss. de ritu pignor. capiend. §. 2. und Westphal Pfandrecht §. 50. Not. 69. b.

39) Wenn *L.* 74. §. 1. *D. de evict.* von einem pignus *iussu iudicis* captum, und *L.* 15. §. 6. 7. *et* 8. *D. de re iudic.* von einem iudice sententiam exsequente reden; so ist unter iudex hier ein Magistratus zu verstehen. S. KÜSTNER Diss. cit. pignus in causa iud. captum. §. 2. et 3.

40) *L.* 1. *Cod. Si in causa iud. pign. capt.*

41) Wie z. B. BEYER Posit. ad Pand. h. t. not. c.

42) *L.* 50. *D. de evict.* KÜSTNER Diss. de ritu pign. capiendor. §. 8.

sententia praecessisset, capta sunt et distracta pignora, possunt revocari. Und mit Recht rescribirten die Kaiser Severus und Antoninus *L.* 1. *C. de executione rei iudic.* Nimis propere Iudex pignora *Marcellae* capi ac distrahi iussit *ante rem iudicatam.* Prius est ergo, ut servato ordine, actionem adversus eam dirigas, et causa cognita sententiam accipias. Daß auch vor der Sentenz die Sache des Klägers gehörig müße verhandelt worden seyn, versteht sich. Denn nur dann, sagt Ulpian *L.* 10. *D. Qui potiores in pignore*, werde der Gläubiger wegen dieses Pfandrechts den Vorzug der Zeit genießen, si et *iure iudicatum*, et pignus *in causa iudicati* ex auctoritate eius, *qui iubere potuit*, captum est. Es kann auch überhaupt nach *L.* 4 §. 6. *D. de re iudic.* nur derjenige als *Condemnatus* angesehen werden, *qui rite condemnatus est*, ut sententia valeat. Wenn also auch der Beklagte nach der Litiscontestation ungehorsam ausblieb, so konnte dennoch derselbe nicht ausgepfändet, oder der Kläger in die Güter desselben eingesetzt werden, sondern die Sache mußte vor allen Dingen in der Art, wie man gegen Abwesende rechtlich zu verfahren pflegt, mit aller Genauigkeit erörtert, und zum endlichen rechtskräftigen Erkenntniß gebracht werden, ehe man zur Execution und Auspfändung schreiten konnte[43]). Hatte jedoch der Beklagte schon bey dem Prätor das Recht des Klägers anerkannt, so war nun keine weitere Verhandlung nöthig; denn der Be-

43) *L.* 13. §. 3. *C. de iudiciis.* *Nic.* SUDORIUS Disputat. civil. libro pag. 1528. sq. Tom. II. *Thes. Otton.* SCHROEDER Opusc. cit. §. 98. und Westphal's Pfandrecht §. 98.

Beklagte hatte sich selbst das Urtheil gesprochen[44]). Es wurde daher nun die Sache so angesehen, als wäre dieselbe rechtskräftig entschieden worden[45]), und der Kläger begehrte nur die Vollstreckung durch die actio iudicati[46]).

2) Die gesetzliche Frist, binnen welcher dem richterlichen Judicate hätte Folge geleistet werden sollen, muß verstrichen seyn. Diese besteht nach den neuern Verordnungen des Kaisers Justinian[47]), in einem Zeitraum von vier Monaten[48]); und kommt auch denjenigen zu statten, welche als confessi den iudicatis gleichgesetzt sind[49]). Es wird dann noch

3) ein richterliches Dekret erfordert, welches die Execution und die Art der Vollziehung festsetzt[50]). Nach der römi-

44) *L.* 1. *D. de Confessis.* Confessus pro iudicato est, *qui quodammodo sua sententia damnatur.*

45) *L.* 6. §. 2. *D. eodem.* Sed et si fundum vindicem meum esse, tuque *confessus* sis: *perinde habearis, atque si dominii mei fundum esse pronunciatum esset.* S. KÜSTNER Pignus in c. iudic. captum. § 6. und von Gönner Handbuch des gemeinen Prozesses 2. B. Nr. XLIII. §. 11. S. 380.

46) *L.* 6. §. *ult. D. de re iud.* *L.* 6. §. *ult. D. de Confessis.*

47) *L.* 2. *et* 3. *Cod. de Usuris rei iudic.*

48) Nach dem ältern Recht war eine kürzere Frist bestimmt. S. CUJACIUS Observat. Lib. III. cap. 39. und KÜSTNER cit. Diss. §. 7.

49) *L.* 6. §. *ult. D. de Conf.* Confessi utique post confessionem tempora *quasi ex causa iudicati* habebunt.

50) *L.* 1. *Cod. Si in causa iudic. pignus.* *L.* 15. §. 2. *D. de re iudic.* *L.* 68. *D. de rei vindicat.* *L. ult. Cod. de execut. rei iudic.* KÜSTNER cit. Diss. §. 9.

römischen Gerichtsordnung mußte dasselbe durch die actio iudicati veranlaßt werden[51]. Jetzt bedarf es zwar deshalb keiner besondern Klage mehr[52], es muß aber doch, da der Richter nicht von Amtswegen die Hülfsvollstreckung verfügt, von Seiten des obsiegenden Theils darauf angetragen, und auch dem verurtheilten Schuldner die Execution vorher angedrohet werden, ehe sie von den Gerichten realisirt werden kann[53]. Es muß endlich,

4) dem richterlichen Decret gemäß, die Vollziehung des rechtskräftigen Urtheils auch wirklich vor sich gegangen seyn[54]. Das bloße Decret des Richters giebt an sich noch kein Pfandrecht[55]. In Absicht auf die Art, wie dasselbe durch die Hülfsvollstreckung bestellt wurde, war ein Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen. In die ersteren muß immer zuerst die Execution vollzogen werden[56]. Hier läßt der Richter dem Schuldner durch die Gerichtsdiener (*apparitores, viatores, executores litium*

51) *L.* 6. §. 2. *D. de re iudic.* *L.* 7. *D. eodem.* KÜSTNER Diss. cit. §. 8.

52) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. Lib. XLII. Tit. 1. §. 39.

53) Danz Grundſ. des ordentl. Prozesses §. 463. u. Martin Lehrbuch des teutsch. gemein. Prozesses. §. 256.

54) *L.* 26. §. 1. *D. de pigner. act.* *L.* 2. *et* 3. *Cod. Si in causa iudic. pignus.* SCHROEDER Opusc. cit. §. 94. und PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 61. §. 2. et 3.

55) *L.* 61. *D. de re iudic.*

56) *L.* 15. §. 2. *D. eodem.*

tium[57]), soviel Sachen abpfänden, als zur Befriedigung des Gläubigers zureichen[58]). Letztere sind nur dann ein Gegenstand der Execution, wenn erstere zur Befriedigung des Gläubigers nicht genügen[59]), und in diese erhält der Gläubiger die Immission[60]). Erst durch diese Auspfändung oder wirkliche Einsetzung des Gläubigers in den Besitz entsteht das pignus iudiciale[61]).

Es kann jedoch ein solches Pfandrecht nur bey persönlichen Klagen entstehen. Denn bey dinglichen Klagen wird der erstrittene Gegenstand dem Beklagten durch Hülfe des Gerichts manu militari weggenommen, und dem obsiegenden Kläger zugestellt[62]). Hier kann also von Bestellung eines Pfandrechts nicht die Rede seyn[63]). Nach einer Verordnung des Kaisers Pius[64]) soll

57) *L.* 6. *et* 8 *Cod. de execut. rei iudic.* *L.* 7. *C. Quae res pignori.* §. 24. *I. de act.* KÜSTNER Diss. cit. § 20.

58) *L.* 5. *Cod. Quor. appellat. non recipiant.* Westphal §. 50.

59) *L.* 15. §. 2. *D. de re iudic.* KÜSTNER §. 16.

60) *L.* 2. *et* 3. *Cod. Qui potior. in pignore.*

61) *L.* 26. §. 1. *D. de pignor. act.* Gesterding Pfandrecht. §. 19. S. 121. f.

62) *L.* 68. *D. de rei vindicat.* S. den 8. Th. dieses Commentars §. 588. Not. 59.

63) KÜSTNER cit. Diss. §. 10. und Gesterding Pfandrecht §. 19. Not. 31. S. 122.

64) *L.* 31. *D. de re iudicata.* Debitoribus non tantum petentibus dies ad solvendum dandi sunt, sed et prorogandi, si res exigat. Si qui tamen per contumaciam magis, quam quia non possint explicare pecuniam, dif-

 ferant

soll zwar zum Verkauf des Pfandes erst dann geschritten werden, wenn der Schuldner binnen zwey Monaten nach geschehener Auspfändung nicht Zahlung leistet. Allein nachdem Justinian dem Schuldner eine Zeit von vier Monaten zur Erfüllung des rechtskräftigen Erkenntnisses gegeben hat, kann jetzt das Pfand ohne weitern Aufschub verkauft werden[65]). Den Verkauf bewerkstelliget aber nicht der Sieger, sondern der vollziehende Richter[66]), dessen Auctorität bey dem pignus iudiciale an die Stelle eines Conventional-Pfandrechts tritt[67]). Uebri-

ferant solutionem: *pignoribus captis* compellendi sunt ad satisfaciendum ex forma, quam Cassio Proconsuli D. PIUS in haec verba praescripsit: *His, qui fatebuntur debere, aut ex re iudicata necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cuiusque videbitur, eorum qui intra diem vel ab initio datum, vel ex ea causa postea prorogatum sibi, non reddiderint, pignora capi: eaque, si intra duos menses non solverint, vendantur; si quid ex pretiis supersit, reddatur ei, cuius pignora vendita erant.* S. CUJACIUS Observat. Lib. III. cap. 39. DUARENUS in Tit. Dig. de re iudic. Cap. 4. *Operum* pag. 701. und *Iac.* GOTHOFREDUS Comm. ad L. 1. Cod. Theod. de distract. pignor. Tom. IV. Lib. XI. Tit. 9. pag. 93. edit. *Ritter.*

65) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 18. HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XLII. Tit. 5. §. 2. in fin. SCHROEDER Opusc. cit. §. 99. Gesterding S. 120.

66) *L. 2. Cod. Si in causa iudicati.*

67) *L. 1. Cod. Si in causa iudicati.* Res ob causam iudicati datas eius iussu, cui ius iubendi fuit, pignoris iure teneri ac distrahi posse, saepe rescriptum est. Nam *in vicem*

Uebrigens ist noch der Unterschied zu bemerken, den die Gesetze zwischen dem pignus praetorium und iudiciale darin setzen, daß letzteres immer nur demjenigen Gläubiger zum Nutzen gereicht, in dessen Sache das rechtskräftige Urtheil ergieng, zu dessen Vollstreckung die Auspfändung des Schuldners geschahe, dahingegen ersteres, wenn es einem Gläubiger durch die gebetene Immission war, bestellet worden, allen nachherigen Gläubigern zu statten kam, welche sich binnen der dazu gesetzlich vorgeschriebenen Frist gemeldet hatten [68]). Daher sagte man, pignus praetorium *in rem*, pignus iudiciale autem *in personam* constitui [69]). Die Folge davon war, daß wenn mehrere Gläubiger zu verschiedenen Zeiten durch

vicem iustae obligationis succedit *ex causa contractus* auctoritas iubentis. Die Worte *ex causa contractus* müssen, wenn ein richtiger Sinn herauskommen soll, auf die Worte *in vicem iustae obligationis* bezogen werden, wie nicht nur die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 7. Const 16. lehren, welche die bemerkten Worte so übersetzen: ἔοικεν γὰρ τῷ ἀπό συμφώνου ἐνεχύρῳ, καὶ ὁμοίαν τάξιν ἐπέχει. i. e. *Nam simile est conventionali pignori, et vicem eius obtinet*; sondern auch CUJACIUS in Recitationib. solemn. in Cod. ad h. L. und *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. LXXV. Th. 8. bemerkt haben.

68) SCHROEDER Opusc. cit. Sect. I. Cap. III. §. 135. pag. 123. sqq.

69) *L.* 12. *pr. D. de reb. auct. iud. possid.* Cum unus ex creditoribus postulat in bona debitoris se mitti: quaeritur, utrum solus is, qui petit, possidere potest? an cum unus petit, et Praetor permisit, omnibus creditoribus aditus sit? et commodius dicitur, cum Praetor permiserit, non tam *personae solius petentis*, quam creditoribus, et *in rem* permissum videri: quod et LABEO putat.

Hülfsvollstreckung ein pignus iudiciale erhalten hatten, unter ihnen die Ordnung der Zeit den Vorzug des einen vor dem andern bestimmte[70]; wobey denn aber natürlich nicht auf die Zeit gesehen wurde, da das Urtheil war eröfnet worden, sondern wo die wirkliche Hülfsvollstreckung erfolgt war[71]; dahingegen galt bey dem pignus praetorium kein Vorzug der Zeitordnung[72], sondern alle Gläubiger, welche auch erst später die Immission erhalten hatten, hatten dennoch auf verhältnißmässige Befriedigung gleichen Anspruch[73]; und so wenig die früher immittirten Gläubiger einen Vorzug vor

70) *L.* 10. *D. Qui potior. in pign.* Si et iure iudicatum, et pignus in causa iudicati ex auctoritate eius, qui iubere potuit, captum est, *privilegiis temporis fore potiorem heredem eius, in cuius persona pignus constitutum est.* S. Westphal's Pfandrecht §. 50. Not. 71.

71) Dieß ist es, was uns Julian lehrt *L.* 61. *D. de re iudic.* In iudicati actione non prius ratio haberi debet eius, *cui prior reus condemnatus fuerit;* und es ist ein offenbarer Mißverstand, wenn *Guil.* FORNERIUS Selection. Lib. I. cap. 18. (*Thes. Otton.* T. II. p. 26.) gegen Cujaz Observat. Lib. V. cap. 30. aus dieser Stelle hat beweisen wollen, daß auch bey dem pignus iudiciale keine Zeitordnung wäre beobachtet worden. Cujaz hat sich dagegen Lib. IX. Observat. cap. 37. vollkommen gerechtfertiget, und noch ausführlicher hat ihn nachher OSIUS AURELIUS de variantib. Cujacii Interpretat. (Tom. III. *Thes. Otton.* pag. 800. sqq.) vertheidiget.

72) *L.* 5. §. 2. *D. Ut in poss. legator. L.* 12. *D. de reb. auct. iud. possid.*

73) *L.* 6. §. 7. *L.* 10. §. 16. *D. Quae in fraudem creditorum. L. ult D. de curatore bonis dando.*

vor einem solchen Gläubiger verlangen konnten, der späterhin ein pignus iudiciale erhalten hatte[74]), eben so wenig konnte aber auch dieser einen Vorzug vor dem früher immittirten Gläubiger begehren, wenn er nicht noch vor ihrer Immission das pignus iudiciale ausgewirkt hatte[75]). Nur in zwey Fällen ging der Gläubiger, der früher ein pignus praetorium erhalten hatte, demjenigen vor, welchem späterhin ein pignus iudiciale war bestellet worden. Erstens, wenn das pignus praetorium von der Art war, daß es nur dem allein ein ausschließliches Recht gab, welcher die Immission erhalten hatte, wie z. B. wenn ein Legatar legati servandi gratia war immittirt worden[76]); zweytens wenn der spätere Gläubiger das pignus judiciale erst nach Ablauf der gesetzlichen Frist ausgewirkt hatte[77]).

§. 1081.

74) Das Gegentheil behaupten zwar BACHOV Tr. de pignor. et hypoth. Lib. IV. cap. 7. nr. 2. VOET Comm. ad Pand. Lib. XX Tit. 4. §. 28. und HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XLII. Tit. 5. §. 1. Allein sie haben offenbar Unrecht, wie SCHROEDER Opusc. cit. §. 137 — 139. gezeigt hat.

75) Arg. *L. 6. §. 7. D. Quae in fraud. cred.* SCHROEDER c. l. §. 141.

76) *L. 2. Cod. Qui potior. in pignore.* Si decreto Praetoris, qui fideicommisso ius dixit, in possessionem fundi hereditarii, *fideicommissi conditionalis servandi gratia,* prius inducti estis, quam adversarius vester *in causam iudicati* eiusdem fundi pignus occupaverit: iussu eius, qui iure sententiam exequebatur, *tempore potiores estis.* Nam cum de pignore utraque pars contendit, praevalet iure, qui praevenit tempore. S. SCHROEDER Opusc. cit. §. 142.

77) *L. ult. pr. Cod. de bonis auctorit. iud. possid.* SCHROEDER c. l. §. 143.

§. 1081.

Oeffentliches und Privatrecht. Erläuterung der *L. 11. Cod. Qui potiores in pignore.*

Daß ein Conventionalpfandrecht entweder ein öffentliches oder Privatpfandrecht seyn könne, ist schon oben (S. 186.) bemerkt worden. Hier ist diese Eintheilung noch näher zu erklären [78]. Man gründet sie auf die bekannte Verordnung des Kaisers Leo, welche in dem Justinianeischen Codex *L. 11. VII. 18. Qui potiores in pignore* folgendermassen lautet:

Scripturas, quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis nec ne, transigendi, vel paciscendi, seu foenerandi, vel societatis coeundae gratia, seu de aliis quibuscunque causis, vel contractibus conficiuntur, quae ἰδιόχειρα graece appellantur: sive tota series earum manu contrahentium, vel notarii, vel alterius

78) Es sind hier besonders folgende Schriften zu bemerken. *Ferd. Christ.* HARPPRECHT Diss. de pignore publico. *Tüb.* 1714. (in EIUSDEM *Dissertat. acad.* Vol. I. Nr. 27.) *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. de praerogativa hypothecarum publicarum. *Halae* 1744. *Io. Aug.* HELLFELD Diss. de praerogativa hypothecae publicae tacitae aeque ac expressae competente. *Ienae* 1771. (in *Opuscul.* Nr. IX.) *Car. Christph.* HOFACKER Diss. de praerogativa pignorum publicorum. *Tübingae* 1780. 4. Heinr. Ernst Ferd. Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern. Tübingen 1802. 8. Christoph Christ. Dabelow ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 308. ff. und S. 622. ff. Christ. Gottl. von Gmelin Ordnung der Gläubiger beym Gantprozesse. Kap. 6. §. 108. und Gesterding §. 32.

rius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis, sive non: licet conditionales sint, quos vulgo Tabularios appellant, sive non, quasi publice conscriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Sin autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit: *eum, qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur:* nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur: tunc enim *quasi publice confecta* accipiuntur.

Der ganze Inhalt dieser Constitution zeigt, daß hier mehr von dem Unterschiede zwischen öffentlichen und Privaturkunden in Beziehung auf ihre Beweiskraft, als von dem Unterschiede zwischen öffentlichen und Privathypotheken die Frage sey, welchen letztern nur die Doctrin aus dieser Verordnung abgeleitet hat. Ohne auch nur genauer anzugeben, welche Urkunden für öffentliche und welche für Privaturkunden zu halten sind, werden hier drey Hauptsätze aufgestellt.

I. Wird blos eine persönliche Klage angestellt, so soll zwischen öffentlichen und Privaturkunden kein Unterschied seyn, sondern es sollen auch bloße Privaturkunden[79]), welche

79) Dieß sind hier scripturae *secrete*, oder wie Andere lesen, *secreto* confectae. Denn *secrete* oder *secreto* wird in unsern Gesetzen sehr häufig dem entgegengesetzt, quod *publice* i. e. actis intervenientibus fit. S. z. B. *L. un.* §. 10. *Cod. de latina lib. tollenda.* Vergl. WUNDERLICH Additam. ad *Brissonium* voc. *Secrete* et *Secreto.*

welche die Griechen ἰδιόχειρα nennen, die ihnen in den Gesetzen beygelegte Beweiskraft behaupten, sie mögen entweder von der Hand der Contrahenten selbst, es sey über welches Geschäft es wolle, welches sie mit einander abgeschlossen haben, oder von der Hand eines Notars [80]), oder irgend

80) Die Notarien, deren hier Erwähnung geschieht, waren bey den Römern nicht solche Personen, welche wir jetzt mit diesem Namen zu bezeichnen pflegen; sondern es waren meist Sklaven, die man zum Geschwindschreiben brauchte, und welche von den Abkürzungen, deren sie sich im Schreiben bedienten, und welche man *Notae* nannte, den Namen *Notarii* erhielten ISIDORUS Orig Lib. I. c. 21. SENECA Epist. 90. *L.* 41. §. 3. *D. de fideicomm. libertat. L.* 26. *C. de pignor. et hyp. Guid.* PANCIROLUS Thes. variar. Lection. utriusq. iuris Lib. I. c. 30. *B.* BRISSONIUS Selectar ex iure civ. Antiquitat. Lib. IV. cap. 21. und ROSINUS Romanar. Antiquitat. Lib. VII. ad Cap. ult. Paralip. pag. 541. Solcher Notarien bedienten sich nicht nur Privatpersonen, *L.* 40. *D. de testam. milit.* sondern auch die römischen Magisträte zu den Gerichtsacten, wie aus *L.* 33. §. 1. *D. Ex quib. caus. majores.* erhellet. Erstere nannte man *Exceptores*, *L.* 19. § 9. *D. Locati. Librarii L.* 92. *D. de div. reg. iur.* und *Scribae.* Letztere wurden *Actuarii* genannt SUETONIUS *Caes. c.* 55. *Tit. Cod. XII.* 50. *de Numerariis, Actuariis* etc. auch *Scribae; L. ult.* §. 17. *D. de munerib. et honor.* Sie waren in Decurien abgetheilt, von denen sie ihren Namen erhielten. SUETONIUS *Claud.* c. 1. CICERO *in Verrem.* Lib. I. 79. *Iac.* GOTHOFREDUS Comm. ad L 2. Cod. Th. VIII. 1. de Numerariis. Es gab daher scribae *Praetoris. L. ult. Cod. de Magistr. conven.* Scribae *Aedilitii.* CICERO *pro Cluentio* c. 45. *Quaestorii.* SUETONIUS *Domitian. c.* 9. Es standen aber die Scribae publici in keiner größeren Achtung, als

irgend einer andern Person geschrieben seyn, wenn sie nur mit der Unterschrift der Contrahenten versehen sind, und, wie hierbey natürlich vorauszusetzen ist, entweder von dem Theile, wider welchen daraus geklagt wird, als richtig anerkannt worden, oder im Läugungsfalle deren Richtigkeit erwiesen werden kann[81]). Es soll dann auch nicht weiter darauf ankommen, ob Zeugen dabey gebraucht worden sind, oder nicht, die Zeugen mögen conditionales seyn, die man *Tabularii*[82]) zu nennen pflegt, durch deren

als die Scribae privati. CORNELIUS *Nepos* in Eumene. Cap. 1. Daraus erklärt sich, was Modestin sagt *L.* 33. §. 1. *D. Ex quib. caus. major.* Eos, qui notis scribunt acta Praesidum, Reipublicae causa non abesse certum est. Man sehe noch *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. V. c. 17. n. 6.

81) *L.* 25. §. *ult. D. de probat. L.* 20. *C. de fide instrumentor.* und *Auth. Si quis vult. Cod. Qui potior. in pignore.*

82) *Tabularii* oder auch *Tabelliones* waren auch eine Art von Notarien, die zur Ausfertigung der Urkunden gebraucht wurden. *L.* 1. *Cod. Ut nemo ad suum patrim.* (XI. 53.) *L.* 2. *Cod. de Eunuch. L.* 17. *Cod. de fide instrum. L.* 24. *C. de Testam. Nov.* 44. und CUJACIUS ad L. 15. C. de decurion. Es waren Anfangs Servi publici, welche auch Servi civitatis genennt werden. *L.* 3. *C. de Servis reip. manum. L.* 18. *D. de adopt.* iuncto §. 3. *I. eodem. L. fin.* D. *Quod cuiusq. univ. nom. L.* 1. §. 15. *D. de Magistrat. conven.* Erst die Kaiser Arcadius und Honorius verordneten, *L.* 3. *Cod. X.* 69. *de Tabulariis*, daß nur freye Personen dieses Amt bekleiden sollten. Diese Tabularii waren aber öffentliche Personen, und ihre Ausfertigungen hatten eine öffentliche Glaubwürdigkeit. *L. ult. Cod. Th.*

ren Ausfertigung Urkunden eine öffentliche Glaubwürdigkeit erhalten, oder andere Zeugen. Auf alles dieses soll es nicht ankommen, sofern aus Urkunden blos persönliche Ansprüche verfolgt werden; sondern es sollen in diesem Falle auch bloße Privaturkunden, vorausgesetzt, daß sie an sich Beweißkraft haben, eben so wirksam seyn, wie öffentliche Urkunden, wenn auch der Kläger, welcher sich auf eine solche Urkunde gründet, mit andern Gläubigern concurriren sollte, welche ihre, jedoch auch nur persönlichen Ansprüche, aus öffentlichen Urkunden verfolgen [83]). In den Basiliken [84]) lautet der erste Theil unserer Verordnung also:

Ἐάν

Th. de Tabulariis. L. 9. *et* 12. *Cod. Th. de Numerariis et Actuariis. L.* 2. *C. Th. de annona et tribut. L.* 3. *C. Th. de Superexactor.* et *L.* 32. *Cod. Inst. de Episcopis.* S. *Io.* WASTEAU Diss. de iure et iurisdictione municipiorum. *Lugd. Batav.* 1727. Cap. 3. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertat. iuridicar. Belgicar.* Vol. II. Tom. II. pag. 316.) In unserm Gesetz werden sie Testes *conditionales* genannt, vermuthlich in Beziehung auf ihren ehemaligen sklavischen Zustand, weswegen sie auch, wie andere Sklaven, der Tortur unterworfen waren. *L.* 2. *Cod. XII.* 50. *de Numerariis et Actuariis. L.* 8. *C. de Quaestionib.* BRISSONIUS de Verbor. Signif. voc. *Conditionalis.* oder wie daselbst HEINECCIUS will, weil sie die Freyheit unter der Bedingung erhalten hatten, um sich diesen Dienstgeschäften auf beständig zu widmen. Man sehe auch *Ge.* KREKEMEYER Diatr. de instrumentorum definitione ac divisione. *Goett.* 1743. §. 6. not. 5. pag. 102. u. Westphal's Pfandrecht. §. 166 Not. 184.

83) S. *Hug.* DONELLUS Comm. ad L. 11. Cod. Qui potior. in pignore. num. 2. pag. 639.

84) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 5. Const. 38. pag. 68.

Εάν τίς ποιήσῃ ἰδιόχειρον παρουσίᾳ φίλων, εἴτε ἐπί διαλύσει, ἤ δανείῳ, ἤ κοινωνίᾳ, καὶ εἴτε γράψῃ ἰδιοχειρως ὅλον τὸ ὕφος, εἴτε διὰ νοταρίου, ἤ ἄλλου τινὸς, καὶ ἀυτὸς ὑπογράψῃ εἰτ' οὖν ταβουλλαρίος, φαμὲν ὅτι, ἐι μὲν ἡ προσωπικὴ ἀγωγὴ κινεῖται, τὴν ἰδίαν ἐχέτω δυνάμιν. i. e. *Si quis privatum instrumentum fecerit, praesentibus amicis, sive transigendi, sive foenerandi, vel societatis coeundae gratia, sive totam seriem instrumenti manu sua scripserit, vel notarii, vel alterius cuiuslibet, et ipse subscripserit, sive tabularius, siquidem personalis actio exerceatur, suum robur habeat.*

II. Würde aber Jemand aus dergleichen Urkunden ein Pfandrecht verfolgen, so soll derjenige, welcher sich auf öffentliche Urkunden stützt, den Vorzug haben, wenn er auch gleich der Zeit nach ein jüngerer Pfandgläubiger wäre; jedoch soll

III. eine Ausnahme bey denjenigen Privaturkunden Statt finden, welche von wenigstens drey im Rufe der Ehrlichkeit und Unbescholtenheit stehenden Mannspersonen unterschrieben sind. Solche Privaturkunden sollen dann, in Beziehung auf das Pfandrecht, den öffentlichen gleichgeachtet werden.

Der letzte Theil dieser Verordnung ist in den Basiliken auf folgende Art ins Griechische übertragen: Ει δὲ ἐξ ἀυτοῦ ἐνέχυρα ἀπαιτοῦνται, προτιμᾶται ὁ ἀπό ἀγοραίου κινῶν, ἐι μὴ ἄρα τρεῖς εἰσὶ μάρτυρες ὅι ἐις τό ἰδιόχειρον ὑπογράψαντες ὑπολήψεως λαμβρᾶς. i. e. *Sin autem ex eo pignus vindicetur, praefertur, qui ex publico* s. *forensi instrumento agit, nisi*

nisi adhibiti sint tres testes probatae atque integrae opinionis, qui privato instrumento subscripserint.

Der Unterschied, welcher hier zwischen öffentlichen und Privaturkunden in Beziehung auf das Pfandrecht gemacht wird, beruhet in der Natur der Sache selbst. Denn es ist ein bekannter Rechtssatz, daß Privaturkunden, welche eine Anerkennung übernommener Verbindlichkeiten enthalten, zwar gegen den Aussteller, und diejenigen, welche desselben Handlungen zu vertreten schuldig sind, aber nicht gegen einen Dritten beweisen, weil ein Bekenntniß nie einem Dritten zum Nachtheil gereichen kann[85]). Wird nun aus einem schriftlichen Schuldbekenntniß mit einer persönlichen Klage gegen den Schuldner selbst, oder desselben Erben geklagt, so kann natürlich nichts darauf ankommen, ob die Urkunde, woraus geklagt wird, eine öffentliche oder Privaturkunde ist, wenn nur die Richtigkeit derselben ausser Zweifel ist, und ihrer Glaubwürdigkeit sonst nichts im Wege steht, wie hierbey nothwendig vom Kaiser Leo vorausgesetzt worden ist, und auch in den Worten *suum robor habere decernimus*, nicht undeutlich zu erkennen gegeben wird. Denn hier kommt blos das Bekenntniß des Schuldners in Betrachtung, und da dieses gegen ihn den vollgültigsten Beweis bewirkt; so ist klar, daß hier eine Privaturkunde, deren Richtigkeit vom Schuldner anerkannt, oder auf andere Art gehörig erwiesen ist, gegen ihn und seine

85) *L. 74. D. de div. reg. iur.* S. Boley angef. Schrift §. 20. Gesterding Pfandrecht §. 32. von Gönner Handbuch des deutsch. gemeinen Prozesses. 2. B. Nr. XLIII. §. 8. und Nr. XLVI. §. 7. und §. 18.

seine Erben eben so entscheidend seyn müße, wie ein öffentliches Instrument, wenn auch nicht gerade die persönliche Schuldklage, sondern selbst die hypothekarische Klage gegen ihn angestellet würde[86]). Ganz anders verhält sich die Sache, wenn Jemand ein Pfandrecht daraus gegen einen Dritten verfolgen will; hier gilt die bloße Privatschuldverschreibung nichts; er muß also dem dritten Gläubiger nachstehen, welchem ein Pfandrecht mittelst einer öffentlichen Urkunde ertheilt ist. Das Gesetz räumt diesem den Vorzug ein, nicht um ihm ein besonderes, auf die Qualität der Urkunde gegründetes, Privilegium zu ertheilen, sondern weil er seinen Beweis über die ihm constituirte Hypothek vollständig geführt; der Gläubiger hingegen, der über seine Hypothek nichts als eine Privaturkunde aufzuweisen hatte, gegen ihn, als einen Dritten, nichts bewiesen hat[87]). Der Kaiser Leo wandte hier also blos die allgemeinen Grundsätze von der Beweiskraft der Urkunden auf den besondern Fall an, wenn Conventionalpfandgläubiger, welchen der Schuldner ein Pfandrecht durch einem ausdrücklichen Vertrag bestellet hat; denn auf diese bezieht sich augenscheinlich nur die ganze Verordnung[88]); mit einander con-

86) Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern §. 8. S. 11.

87) HOFACKER Diss. cit. §. 8—10. Bolley §. 20. und Gesterding §. 32. S. 250.

88) S. *Christ. Lud.* RUNDE Commentat. de historia, indole, ac vi remediorum securitatis, quibus iure Rom. prospectum est creditoribus debitoris obaerati per privilegia personalia, hypothecas tacitas, et privilegia hypothecar. *Goettingae* 1794. §. 64. p. 73. sq. HOFACKER Princip. iur

concurriren, welche ihr Pfandrecht aus Urkunden verfolgen. In diesem Falle sollen diejenigen Pfandgläubiger, welche sich auf öffentliche Urkunden begründen, denjenigen vorgezogen werden, deren Hypothek in einer bloßen Privaturkunde constituirt ist. Das Besondere, welches der Kaiser Leo hierbey verordnet hat, besteht blos darin, daß bey Hypotheken, aus einer besondern Begünstigung derselben, solche Privaturkunden, welche von drey unbescholtenen männlichen Zeugen unterschrieben sind, mit öffentlichen Documenten gleiche Wirkung haben sollen; wodurch aber keinesweges eine dritte Gattung von Urkunden, welche die Doctrin documenta quasi publica zu nennen pflegt, sanctionirt worden ist, wie schon Gönner[89]) sehr richtig bemerkt hat. Fragt man nun aber, welche Urkunden öffentliche und welche Privaturkunden heißen, so bestimmt zwar unsere Verordnung hierüber nichts; es versteht sich aber auch schon von selbst, daß es bey diesen Unterschiede blos darauf ankommt, ob ihnen die Gesetze öffentlichen Glauben beylegen, oder nicht, und da hier von der Concurrenz mehrerer Conventional-Pfandgläubiger die Rede ist, so waren öffentliche Urkunden in Beziehung auf dieselben bey den Römern diejenigen, welche mit Einwilligung der Contrahenten entweder von solchen obrigkeitlichen Behörden, die ein ius actorum et fidei publicae hatten,

iur. civ. R. G. T. II. §. 1215. Dabelow Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 313. Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern §. 20. S. 28. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts §. 795. u. a. m.

89) Handbuch des gemeinen Prozesses 2. Band. Nr. XLVI. §. 3.

ten[90]), in die Gerichtsacten waren aufgenommen[91]), oder von Tabulariis, welche auch das ius actorum publicorum hatten[92]), auf Verlangen der Contrahenten

90) In Rom und Constantinopel war der Magister census zur Errichtung öffentlicher Urkunden auctorisirt. *L.* 8. *C. Th. de donat.* *L.* 30. *Cod. Iustin. eodem.* *L.* 32. *L.* 41. *C. de Episcop. et. Cler.* *L.* 18. *L* 23. *C. de Testam.* *L. ult. Cod. de iure emphyt.* *Nov. XLIV. cap* 1. §. 4. S. PANCIROLUS Notitia dignitatum utriusque Imperii. Cap. XIV. pag. 33. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc *Magister.* In den Provinzen der Praeses oder Rector provinciae, die Magistratus municipales, welche auch Duumviri genennt werden, und die Defensores civitatum. *L.* 30 *Cod. de donat. Nov. XV. cap.* 3. S. CUJACIUS Comm. in L. 55. C. de decurion. BRISSONIUS voc. *Duumvir. Scip.* GENTILIS de Iurisdict. Lib. I. cap. 32.

91) Die Gesetze bezeichnen solche gerichtliche Ausfertigungen, wenn sie sagen, ein Rechtsgeschäft werde intervenientibus gestis, *L* 32. *Cod. de Episcop.* oder interveniente actorum testificatione errichtet. *L.* 27. *Cod. de donat.* oder *actis* insinuatur. *L.* 31. *Cod. eod* Solche Urkunden hießen dann *publica monumenta. L. ult. C. de re iud. L.* 31. *C. de donat.* publica instrumenta. *L.* 20. *C. de fide instrum.*

92) Die Tabularii werden ausdrücklich publicae personae genennt, und die von ihnen ausgefertigten Urkunden, instrumenta publice confecta, τα συμβόλαια τὰ ἐπ' ἀγορᾶς συντελούμενα. *L.* 32. *C. de Episcop. et Cler.* *L.* 9. §. 1. *Cod. de Defensorib. civitat.* *L.* 3. *Cod. de Tabulariis. Novell. XLIV. Nov. LXXIII. cap.* 5 *et* 7. Sie heißen auch Tabelliones, ferner Pragmatici, αγοραῖοι, i. e. qui forensibus negotiis se accommodant. *L.* 9. §. 4. *D. de poenis.* und von der Verfertigung der Urkunden Συμβολαιογραφοι. *Nov. LXXIII. cap.* 5.

ten waren verfaßt worden. Urkunden, welche weder vor einem Magistrate, der das Recht der öffentlichen Beglaubigung hatte, waren errichtet, noch von einem öffentlichen Tabular waren ausgefertiget und unterschrieben worden, hießen Privaturkunden, oder ἰδιόχειρα, wenn sie auch von Notarien geschrieben, oder von Zeugen unterschrieben waren. Sie mußten nur, wenn sie Beweiskraft haben sollten, von den Contrahenten unterschrieben, und wenn sie das Daseyn und Alter einer Conventionalhypothek gegen andere Pfandgläubiger beweisen sollten, durch die Unterschrift von wenigstens drey unbescholtenen männlichen Zeugen unterstützt seyn. Denn solche Privaturkunden

SUIDAS Tom. III. pag. 422. voc. Ταβελλίων. sagt: *Tabellio*, qui civitatis contractus scribit, vulgo Νομικός dictus; vel qui omnes civium tabulas conficit, unumquamque earum manu sua obsignans. Man vergl. damit *L.* 17. *C. de fide instrum. L.* 1. *Cod. Ut nemo ad suum patrocin. L.* 14. §. 3. *C. de Sacros. Eccles. L.* 2. *Cod. de Eunuch.* BRISSONIUS voc. *Tabellio. Guid.* PANCIROLUS Thes. variar. Lection. Lib. I. cap. 26. Wegen der Menge von Urkunden, welche die Tabelliones auszufertigen hatten, konnten sie auch Gehülfen annehmen; die mußten aber von dem Magister census geprüft und bestätiget seyn. *Nov. XLIV. Cap.* 1. S. CUJACIUS in Exposit. ad Eandem. Nach der *Nov. LXXIII. Cap.* 5. sollen Urkunden, die von Notarien ausgefertigt werden, auch von Zeugen unterschrieben seyn, und nach Cap. 7. soll die Aechtheit der Urkunde durch Recognition der Unterschriften, und wenn die Zeugen unterdessen gestorben wären, wenigstens durch Recognition des Tabellio, und wenn auch dieser nicht mehr am Leben seyn sollte, durch eine Vergleichung der Hände ausser Zweifel gesetzt werden. Man sehe PANCIROLLUS Notitia dignitatum utriusque Imperii. Cap. 14.

den sollen nach der Verordnung des Kaisers Leo in Rücksicht des Pfandrechts mit den öffentlichen Urkunden gleiche Wirkung haben. Von einem Unterschiede zwischen öffentlichen und Privathypotheken selbst sagt nun zwar das Gesetz kein Wort, dennoch leitet die Doctrin diese Eintheilung daraus her, und nennt ein öffentliches Pfandrecht dasjenige, dessen Bestellung aus einer öffentlichen Urkunde, oder einer solchen Privaturkunde, die durch die Unterschrift von drey untadelhaften männlichen Zeugen unterstützt, einer öffentlichen gleichzuachten ist, (pignus quasi publicum) erwiesen werden kann; ein Privatpfandrecht hingegen dasjenige, über dessen Bestellung blos eine simple Privaturkunde vorhanden ist. Allein daß Kaiser Leo den öffentlichen Hypotheken schlechterdings den Vorzug vor den Privathypotheken habe ertheilen wollen, ist offenbar in seiner Verordnung nicht gegründet. Denn man vergesse nie, daß sie einzig und allein die Beweiskraft der Urkunden betrifft, und weiter nichts, als die Entscheidung enthält, daß Hypotheken, deren Bestellung und Alter aus einem öffentlichen, oder diesem gleichgeachteten Document, dargethan werden kann, denen vorgezogen werden sollen, über deren Bestellung nur eine simple Privaturkunde beygebracht worden ist. So wenig also durch diese Verordnung der alte Grundsatz hat aufgehoben werden sollen, daß Hypotheken auch ohne Scriptur durch bloßen Vertrag bestellt werden können[93]); eben so wenig läßt sich behaupten, daß Kaiser

93) *L. 4. D. h. t.* Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res eius propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae.

ser Leo eine solche Hypothek, welche nicht aus einem Document, sondern auf andere Art, z. B. durch Zeugen, vollständig bewiesen werden kann, derjenigen habe nachgesetzt wissen wollen, welche der Gläubiger aus einer öffentlichen, oder derselben gleichgeachteten Urkunde verfolgt. Und da das Gesetz nur das Verhältniß zwischen conventionellen Pfandgläubigern bestimmt, welche sich zum Beweise ihres Pfandrechts auf Urkunden berufen, so kann von demselben kein Gebrauch gemacht werden, wenn über das Verhältniß öffentlicher Hypotheken zu solchen Pfändern, die nicht durch Vertrag, sondern durch das Gesetz, oder durch den Richter, bestellt worden sind, zu entscheiden ist, indem hier bloß das Zeitalter, vorausgesetzt, daß dasselbe gehörig erwiesen werden könne, den Vorzug des einen Pfandgläubigers vor dem andern bestimmt, mithin gesetzliche, prätorische, und judicielle Pfänder an sich, den öffentlichen, d. h. durch Vertrag in öffentlichen Urkunden bestellten, ohne allen Zweifel gleich zu achten sind [94]), wenn nur die factischen

Nec ad rem pertinet, quibus sit verbis: sicuti est et in his obligationibus, quae consensu contrahuntur. Et ideo et *sine scriptura* si convenit, ut hypotheca sit, *et probari poterit*, res obligata erit, de qua conveniunt. *Fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est, per eas facilius probari poterit: et sine his autem valet, quod actum est, si habeat probationem.*

94) Hierin stimmen auch fast alle heutige Rechtsgelehrten mit einander überein. S. Dabelow S. 312. u. 313. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1215. Bolley S. 28. besonders aber §. 119—125. Thibaut System des Pand. Rechts 2. Bd. §. 659. Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 108. S. 410.

schen Umstände, wodurch jene Hypotheken ihr Daseyn erhalten haben, gehörig erwiesen werden können. Da freylich die Constitution des Kaisers Leo hierüber ausdrücklich nichts bestimmt hat; so ist nicht zu verwundern, daß die Rechtsgelehrten deshalb sehr verschiedener Meinung sind, besonders wenn es auf das Verhältniß der gesetzlichen Hypotheken zu den öffentlichen ankommt, indem einige[95]) sie allen öffentlichen Pfandgläubigern nachgesetzt, andere[96]) sie unbedingt den öffentlichen gleichgestellt wissen, noch andere[97]) aber dieses nur in dem Falle geschehen lassen wollen, wenn der Anfang der Schuld durch eine öffentliche Urkunde erwiesen werden könne. Wie unrichtig aber diese Ansichten sind, ist schon von an-

T 2 dern

S. 410. RUNDE cit. Commentat. §. 64. und Gesterding S. 252. ff. Man vergleiche auch SCHROEDER Opusc. de nat. et effectib. pignor. praetorii atque iudic. Sect I. cap. 3. §. 155—160. und *Frid. Henr.* SATOR Diss. de pignorum praerogativa generatim, et speciatim de pignore publico, pignori legali non indistincte anteponendo. *Erfordiae* 1772. §. 15.

95) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XX. Tit. 4. §. 3. PUFENDORF Observat. iur. univ. T. I. Obs. 211. und besonders *Io. Chr Ios. Franc. Ign.* UNGER Pr. An hypotheca publica tempore posterior simplici hypothecae legali seu tacitae antiquiori praeferenda sit? *Wirceburgi* 1753. §. 4. sqq.

96) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. IV. Spec. CCXXVI. medit. 1. Struben rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 19. HELLFELD Diss. de praerogativa hyp. publicae §. 32.

97) BOEHMER Diss. de praerogativa pignorum publicorum Cap. I. §. 13. sq. Westphal Pfandrecht §. 167. Not. 185.

dern [98]) gezeigt worden. Es läßt sich sogar mit Grund behaupten, daß der Vorzug des Beweises, welchen die Verordnung des Kaisers Leo bey den Hypotheken den öffentlichen Urkunden vor den blosen Privaturkunden einräumt, sich auch selbst auf privilegirte Hypotheken erstrecke, sobald es auf Urkunden Beweis ankommt. Selbst ein privilegirtes Pfandrecht muß daher nach der Absicht der mehrgedachten Verordnung einem einfachen Pfandrechte nachstehen, wenn der Gläubiger nur eine Privaturkunde über seine Hypothek aufzuweisen hat, während derjenige, dem nur ein einfaches Pfandrecht zusteht, eine öffentliche Urkunde für sich hat [99]). Dem testamentarischen Pfandrecht kommt zwar der Vorzug der Publicität gegen die Pfandgläubiger des Erblassers nicht zu statten, weil ein solches Pfandrecht erst mit der Bestätigung des Testaments, d. h. mit dem Tode des Testirers seinen Anfang nimmt, mithin das Pfandrecht der Gläubiger des Erblassers immer älter ist [100]); allein in Absicht auf den Beweis der geschehenen Bestellung überhaupt steht das testamentarische Pfandrecht einem öffentlichen Pfandrecht um so mehr gleich, als ein testamentum, quod iure perfectum est, in den Gesetzen [1]) ausdrücklich ein instrumentum publicum genannt wird.

Daß

98) S. Bolley §. 134. RUNDE cit. Commentat. de historia, indole, ac vi remediorum securitatis §. 64. u. von Gmelin Ordnung der Gläubiger. 6. Kap. §. 108. S. 408. ff.

99) Bolley §. 119. und Gesterding §. 32. S. 253. ff.

100) Bolley §. 121.

1) *L. 2. pr. D. Testam. quemadm. aperiant.*

Daß die Grundsätze des römischen Rechts, als des gemeinen Rechts, auch noch heut zu Tage gelten müssen, so weit nicht durch das deutsche Particularrecht abweichende Normen hierüber festgesetzt worden sind; ist ausser Zweifel [2]). Im Sinne des deutschen Particularrechts versteht man aber gewöhnlich unter einem öffentlichen Pfandrecht nur ein solches, was vor Gericht bestellt, und vom Richter bestätigt worden ist. Ein jedes andere aber, was nicht unter gerichtlicher Auctorität bestellet worden, sey es auch ein gesetzliches, wird dann ein Privatpfandrecht genennt [3]). Man nennt daher jenes schicklicher ein gerichtliches, und dieses ein aussergerichtliches Pfandrecht, und zwar um so mehr, als hier der Vorzug des gerichtlichen Pfandrechts nicht bloß, wie bey den öffentlichen Pfändern des römischen Rechts, auf der Gewißheit der geschehenen Bestellung, sondern auf dem Zweck der Sicherheit des Gläubigers beruhet [4]). Es unterscheidet sich daher auch darin von einem öffentlichen Pfandrecht des römischen Rechts, daß es eine vorgängige Untersuchung, und Zuständigkeit des Richters erfordert, dahingegen nach dem römischen Recht zu einem öffentlichen Pfandrecht weder eine gerichtliche Auctorität, noch auch, wenn es vor Gericht bestellet wird, eine Zuständigkeit des Richters erfordert wird, sondern dasselbe ohne alle vorgängige Untersuchung

2) Bolley §. 13.

3) *Gabr.* SCHWEDER Disq. iur. de auctoritate publica ad pignoris seu hypothecae publicae constitutionem necessaria. *Tübingae* 1716. §. 2. Bolley §. 15.

4) HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1242. Gesterding §. 255.

suchung vor jedem Richter bestellt werden kann, welcher zur Ausfertigung öffentlicher Urkunden über Rechtsgeschäfte der Privatpersonen berechtiget ist. Die bloße Erklärung des Schuldners vor Gericht, daß er dem Gläubiger eine Hypothek geben wolle, oder auch gegeben habe, ist demnach zur Bestellung einer gerichtlichen Hypothek im heutigen Sinne nicht hinreichend, sondern es wird dazu schlechterdings erfordert, daß nicht nur die Bestellung der Hypothek vor Gericht geschehe, sondern auch die Einwilligung und Bestätigung des Gerichts, mittelst eines Decrets, erfolgt sey[5]). Es muß überdem derselben eine Untersuchung vorausgehen, welche theils darauf zu richten ist, ob der Schuldner überhaupt zur Verpfändung seiner Güter fähig und befugt sey, theils darauf, ob auch die zu verpfändenden Güter nach ihrem Werthe, welcher dann gehörig auszumitteln ist, zur Sicherstellung des Gläubigers hinreichend seyen[6]). Ja da der Pfandvertrag nur ein accessorischer Vertrag ist, so muß natürlich die Untersuchung sich auch zugleich auf die Beschaffenheit des der Verpfändung zum Grunde liegenden Hauptvertrags erstrecken, weil sonst das Pfandrecht ganz und von selbst

5) S. SCHWEDER cit. Diss. §. 2. *a* WERNHER Select. Observat. for. Tom. III. P. II. Obs. 436. *a* PUFENDORF Observ. iur. univ. Tom. III. Obs. 206. §. 1. Bolley §. 81. HOFACKER Tom. II. §. 1242.

6) Gmelin Ordnung der Gläubiger. §. 109. Claproth theor. pr. Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen §. 27. u. 28. von Trützschler Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtl. Aufsätze, insonderheit über Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit. 1. Theil 3. Hptabth. 5. Hptst. §. 53. ff.

selbst hinwegfällt[7]). Eben dieser Untersuchung wegen ist es daher auch nothwendig, daß das deutsche öffentliche oder gerichtliche Pfandrecht vor dem competenten Gericht bestellt werde, für welches aber dasjenige gehalten wird, dem die zu verpfändenden Güter unmittelbar unterworfen sind[8]). Ueberdem erfordert es die Wichtigkeit der Sache, daß die Bestätigung der Hypothek in der Versammlung der Gerichtsmitglieder geschehe, welche die gehörige Besetzung des Gerichts ausmachen[9]). Ist die Bestätigung blos von einem einzelnen Mitgliede der Obrigkeit geschehen, ohne von den übrigen den Auftrag dazu erhalten zu haben, so ist dieselbe für gültig nicht zu halten[10]). Hat das Particularrecht den Richter angewiesen, nicht über einen gewissen Theil des Werths der Grundstücke die Bestätigung zu ertheilen, so ist zwar, wenn dieser überschritten worden, die Hypothek an sich nicht un-

7) SCHWEDER cit. Diss. §. 21. Bolley §. 81. v. Trützschler a. a. O. §. 54.

8) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. IV. Spec. CCXXX. med. 4. v. Trützschler a. a. O. §. 52. Gmelin von Aufsätzen über Verträge überhaupt, von Schuld- und Pfandverschreibungen insbesondere. §. 58. KIND Quaest. forens. T. I. Cap. 63. von Bülow und Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 2. Band Erört. XLIII.

9) Claproth a. a. O. §. 26. a. E. S. 45. SCHWEDER cit. Diss. §. 19. Daß die Bestätigung auch immer im Orte des Gerichts geschehen müsse, ist, sofern das Particularrecht nicht ein Anderes verordnet, nicht wesentlich nothwendig. S. Bolley §. 82. Nr. III. S. 171.

10) Ge. Lud. Böhmers auserlesene Rechtsfälle. 2. Bandes 1. Abth. Nr. 122. S. 228. und *a* PUFENDORF Observat. juris univ. Tom. III. Obs. 206. §. 4.

ungültig, allein büßt nachher der Gläubiger dabey ein, so haftet der Richter für den Schaden[11]); es wäre denn, daß der Gläubiger, ohneradhtet ihm die Lage der Sache bekannt gemacht worden, dennoch die Bestätigung der Hypothek ausdrücklich auf seine Gefahr verlangt hätte[12]). Ueber die Frage, ob und wie weit der Richter aus seiner Consensertheilung für den Schaden zu stehen verbunden sey, theilen sie zwar die Meinungen der Rechtsgelehrten, indem einige[13]) den Richter um deßhalb von aller Verbindlichkeit freysprechen wollen, weil seine Auctorität nur dazu diene, der Hypothek Gültigkeit und Publicität zu verschaffen, nicht aber um ihm selbst dadurch eine Verbindlichkeit aufzulegen; andere[14]) aber das Gegentheil aus dem Grunde behaupten, weil bey der Bestellung einer gerichtlichen Hypothek dem Richter die Pflicht obliegt, die Sicherheit des Gläubigers zu prüfen, mit-

11) S. Westphals Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts 1. Th. h. t. §. 4. S. 104.

12) H. von Trützschler a. a. O. §. 61.

13) Struben rechtliche Bedenken. 5. Th. Bed. 5. MEVIUS T. II. P. VII. Decis. 142. SCHWEDER Disquis. cit. §. 21. *Iac. Gottl.* SIEBER Diss. an ex confirmatione hypothecae iudex ad id, quod interest, teneatur. *Goettingae* 1758. § 9.

14) *Io. Ulr. de* CRAMER Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 822. *Io. Frid.* KOBE Comm. de pecunia mutuatitia tuto collocanda. Cap. VIII. §. 121—124. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. XI. Spec. DCLXXX. medit. 21. *Ad. Rud.* ZINK Diss. de obligatione magistratus ex consensu in hypothecae constitutionem. *Altorfii* 1800. u. Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern §. 129. ff.

mithin der Gläubiger, wenn er auf öffentliche Verpfändung creditirt, nicht sowohl durch den Credit des Schuldners, als durch den des Gerichts hierzu bestimmt werde. Da nun jede Obrigkeit wegen der Nachlässigkeit, welche ihr bey ihren amtlichen Verrichtungen zur Last fällt, verantwortlich ist; so folge hieraus von selbst, daß sie auch den durch ungegründete Versicherungen und unrichtige Verpfändungen den Gläubigern verursachten Schaden zu ersetzen schuldig sey. Allein es ist hierbey vor allen Dingen auf die Absicht der Interessenten Rücksicht zu nehmen, zu welchem Zweck sie sich nämlich an den Richter gewendet haben. Denn hat der Gläubiger die Gültigkeit des Anlehns und die Sufficienz des verpfändeten Objects ganz zu seiner eigenen Sache gemacht, und die Contrahenten haben von dem Richter weiter nichts verlangt, als daß er das unter ihnen schon aussergerichtlich vollendete Geschäft gerichtlich aufnehme und niederschreibe, weil z. B. die Hypothek nach den besondern Gesetzen des Landes anders nicht gilt; so ist der Richter für nichts, als die Legalität der gerichtlichen Aufnahme, zu haften verbunden. Eine weitere Cognition war hier nicht nöthig, weil die Interessenten sie durchaus nicht verlangten. Ein Anders hingegen ist es, wenn die Contrahenten, wie immer im Zweifel vermuthet werden muß, sich in der Absicht an den Richter wandten, damit der Gläubiger durch ihn über das ganze Geschäft volle Sicherheit erhalte. Hier muß der Richter beydes, die Gültigkeit des Schuldvertrags und die Sicherheit der Hypothek, seiner Prüfung unterwerfen. Der Richter ist daher verantwortlich, 1) wenn er eine ältere Hypothek nicht in sein Buch eintrug, und dadurch veranlaßt wurde, das zu verpfändende Grundstück für schuldenfrey zu halten,

ten, oder eine zweyte Hypothek für die erste auszugeben. 2) Wenn er in die Bestellung einer Hypothek auf eine Sache consentirte, welche von der freyen Disposition des Schuldners nicht abhing. 3) Wenn er über den wahren Werth der Güter, oder über den ihm durch das Particularrecht vorgeschriebenen Theil des wahren Werths eingewilligte, oder die zu verpfändenden Güter von Sachverständigen gar nicht schätzen ließ. Und 4) wenn er dem Gläubiger nicht anzeigte, wie weit dieselben mit ältern gerichtlichen Hypotheken, oder einer andern mit Vorzugsrecht begabten Forderung, so weit es der Richter aus seinen Acten wissen konnte, behaftet seyen. So unläugbar die Gültigkeit und Sicherheit der Hypothek auch die Richtigkeit und Gültigkeit des Hauptgeschäfts, welches dadurch versichert werden soll, voraussetzt, und daher die richterliche Untersuchung auf beydes sich erstrecken muß; so wird doch auch eine Ausnahme in dem Falle Statt haben, wenn der Gläubiger die Schuld, als solche, blos zu seiner Sache machte, und darüber keine Cognition verlangte, sondern die Sache bloß zu dem Ende an den Richter brachte, damit er dasjenige, was die Hypothek allein angeht, untersuche. Hier darf der Richter nur für dasjenige haften, was auf die Hypothek sich bezieht, der Rechtsbestand der Schuld selbst liegt dann ganz ausser dem Kreise seiner Verbindlichkeit. Da nun also die Absicht der Contrahenten, in welcher sie sich an den Richter wenden, wenn von der Bestellung einer gerichtlichen Hypothek die Rede ist, einen so bedeutenden Einfluß auf die Bestimmung des Umfangs der richterlichen Verantwortlichkeit hat; so ergiebt sich hieraus, wie sehr jedem Richter hier, zu seiner eigenen Deckung, die nö-

thige Vorsicht zu empfehlen[15]), und anzurathen sey, die Absicht der Contrahenten genau auszudrücken, ob sie nämlich blos zur gerichtlichen Niederschreibung des schon unter ihnen selbst vollendeten Geschäfts, oder zur Sicherheit der Pfandverschreibung allein, oder über das ganze Geschäft, mit Einschluß der Forderung selbst, die richterliche Beywirkung begehrt haben, und dann wegen dessen, worüber die Partheyen vom Richter ausdrücklich keine Cognition verlangten, die Hypothek nur auf Gefahr des Gläubigers zu bestätigen[16]). Gewöhnlich sind jedoch die

15) Der Gläubiger denke indessen ja nicht, daß er nun aller eigenen Vigilanz seiner Seits überhoben sey, wenn er seine Sache in die Hände des Richters gelegt hat. Er bedenke, daß er auf reale Sicherheit creditirt, und die Regreßklage ihm nur die Aussicht auf eine persönliche öffne, die noch überdieß erst im Wege eines mißlichen Prozeßes erstritten werden muß, wie ein sehr erfahrner und scharfsinniger Practiker, Herr Landrichter Puchta in seiner Jedem zu empfehlenden Anleitung zum vorsichtigen Creditiren auf unbewegliche Güter. Erlangen 1815. §. 3. sehr richtig und treffend bemerkt hat. Selbst die Gesetze dispensiren daher die Partheyen nicht von der Controle der Gerichte, besonders in Fällen, wo es bloß die Rüge eines, auch ohne Rechtskenntniß zu entdeckenden, Verstoßes gilt; sie machen hier sogar die Partheyen, als unter ihrer eigenen Schuld leidend, des Regreßes an den Richter verlustig. S. Allgem. Preußisches Landrecht Th. 1. Tit. 20. §. 451. f.

16) Man vergleiche hier vorzüglich von Gönner Grundsätze über die Verbindlichkeit des Richters oder Lehenherrn zum Ersatze des Schadens, welcher aus einer von demselben bestellten Hypothek oder ertheiltem Lehenconsense entstanden ist; in Desselben auserlesenen Rechtsfällen und Ausarbeitungen. 2. Bd. Lands-

die Verordnungen des deutschen Particularrechts nur auf die Verpfändung unbeweglicher Güter beschränkt. Ist daher von Bestellung einer öffentlichen Hypothek auf bewegliche Güther die Rede, so gilt in der Regel das römische Recht, auch selbst dann, wenn solche Güter auch sonst den unbeweglichen gleich geachtet werden [17]).

Es kann auch ein Privatpfandrecht in ein öffentliches verwandelt werden; doch darf dieses nie ohne Einwilligung des Schuldners geschehen. Zwar hat es keinen Zweifel, daß der Schuldner allein um die gerichtliche Bestätigung der Hypothek mit dem Erfolge bitten könne, daß der Gläubiger dadurch ein öffentliches Pfandrecht im heutigen Sinn erhält, wenn auch letzter nicht selbst mit vor Gericht erschien. Denn geschahe es nach vorhergegangener Verabredung mit dem Gläubiger, so handelte der Schuldner zugleich als Bevollmächtigter desselben vor Gericht; hatte er aber keinen Auftrag von dem Gläubiger, so hat letzterer wenigstens nachher die Handlung dadurch genehmiget, daß er die gerichtliche Pfandverschreibung annahm [18]). Allein erfolgte die Bestätigung blos auf den einseitigen An-

Landshut 1803. Nr. XXVI. Einen merkwürdigen Fall hierüber enthalten Geiger's und Glück's merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 2. Bd. Erlangen 1794. Nr. XXII. S. 78. ff.

17) Claproth Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 25. a. E. Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern. §. 82. S. 169. und §. 105. S. 229. f.

18) PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 176. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for. Vol. IV. Obs. 535.

Antrag des Gläubigers, so ist sie nichtig und ohne Wirkung [19]).

Das Verhältniß der öffentlichen Hypotheken im Sinn des römischen und heutigen deutschen Particularrechts zu einander besteht nun also darin, daß zwar jedes öffentliche Pfandrecht im Sinne des deutschen Particularrechts auch zugleich ein öffentliches Pfandrecht im Sinne des römischen Rechts ist, aber nicht umgekehrt. Daher sind alle Hypotheken, die nicht gerichtlich bestellt und bestätiget worden sind, im Sinn des deutschen Rechts bloße Privathypotheken, also auch diejenigen, deren Bestellung aus einem Notariats-Instrumente, oder aus einem instrumento quasi publico constirt [20]). Es hat dieses besonders alsdann um so weniger einigen Zweifel, wenn die particulären Gesetze alle nicht gerichtlich bestellten Hypotheken an unbeweglichen Gütern für nichtig erklären [21]). Nur bey beweglichen Gütern behauptet die hypotheca publica und quasi publica im Sinne des römischen Rechts

19) LEYSER Medit. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXXIX. medit. 2. WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 70. Claproth a. a. O. §. 27. Gmelin von Aufsätzen über Verträge. §. 57. S. 118. und von Bülow und Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 2. Band Erört. XLIII.

20) HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1242. et §. 1243. und Dabelow Lehre vom Concurse der Gläubiger. S. 626.

21) S. ERXLEBEN Principia de iure pignor. et hypothecar. §. 58. Beyspiele solcher Particularrechte führt Joh. Christ. Konr. Schröder in den vermischten jurist. Abhandlungen 1. Band S. 448. ff. an.

Rechts noch ihr Ansehen und Wirkung [22]). Es wird dann aber auch, wenn die Notariatsurkunde einer Pfandverschreibung die Eigenschaft eines römischen öffentlichen Pfandes verschaffen soll, zu deren Errichtung alles das erfordert, was der Kölner Reichsabschied vom J. 1512. als wesentliche Bedingung voraussetzt, um solchen Instrumenten die Beweiskraft öffentlicher Urkunden beyzulegen [23]); so wie denn auch, wenn die von drey glaubwürdigen männlichen Zeugen unterzeichnete Pfandverschreibung einer öffentlichen im Sinne des römischen Rechts gleichgeachtet werden soll, dazu erfordert wird, daß den Zeugen der Inhalt der Urkunde bekannt gemacht worden [24]), und auch die Aechtheit ihrer Unterschrift ausser Zweifel sey; sie werde nun entweder durch die Recognition der Zeugen selbst, oder auf andere Art, z. B. durch Vergleichung der Hände, dargethan [25]). Daß die Zeugen noch ausserdem vereidiget werden müßten, ist jedoch nicht erforderlich [26]). Eine vor zwey Notarien ohne alle Zeu-

22) Claproth a. a. O. §. 32.

23) Bolley a. a. O. §. 76. S. 161. f.

24) PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 198. und *Ejusd.* Animadversion. iuris. Nr 98. Man erfordert daher auch, daß die Zeugen zu dieser Handlung erbeten seyn müssen. STRYK Cautel. contract. Sect. II. Cap. 4. §. 2. und *Ern. Io. Frid.* MANTZEL Diss. de duobus vel tribus viris honestis in hypothecis, intimationibus etc. adhibendis. *Rostochii* 1742. Sect. II. §. 2.

25) ERXLEBEN c. l. §. 59. BOEHMER Diss. de praerogativa hypothecar. publicar. Cap. I. §. 8. Bolley a. a. O. §. 77.

26) ERXLEBEN c. l. §. 60.

Zeugen bestellte, und durch ihre Unterschrift beglaubigte Hypothek ist hingegen, sofern es auf Urkunden-Beweis ankommt, weder für eine hypotheca publica noch quasi publica zu halten [27]).

§. 1082.

Stillschweigendes Conventional-Pfandrecht.

Es ist schon oben (§. 1077.) bemerkt worden, daß das Conventionalpfandrecht nicht nur ein ausdrückliches, sondern auch ein stillschweigendes seyn könne. Unter dem letztern wird ein solches Pfandrecht verstanden, welches dem Gläubiger zwar nicht namentlich ertheilet worden, aber doch in einer klar am Tage liegenden Intention des Schuldners gegründet ist [28]). Daß ein solches Pfandrecht eben so wirksam und gültig sey, als ein ausdrückliches, hat keinen Zweifel [29]). Denn die Gesetze wollen, daß bey freywilligen Verpfändungen mehr auf die wahre Absicht und Willensmeinung der Contrahenten, als

27) Günth. Heinr. von Berg jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle 1. Th. (Hannover 1802.) Nr. XVII.

28) *Io. Nic.* HERTII Diss. de pignore conventionali tacito (in EIUS Commentat. et Opuscul. Vol. II. Tom. III. pag. 177. sqq.) Adolph Diet. Webers Beyträge zu der Lehre vom stillschweigenden Conventional-Pfandrecht. In Desselben Versuchen über das Civilrecht. Schwerin u. Wismar 1801. Nr. II. S. 79. ff. Ferd. Aug. Meißners vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte. 1. Th. §. 5. ff.

29) S. HERT cit. Diss. §. 27. ERXLEBEN Princip. de iure pignor. et hypoth. §. 49. Meißner a. a. O. §. 6.

als auf den Ausdruck der Worte gesehen werden solle [30]). So wie nun eine stillschweigende Einwilligung überhaupt sowohl durch Worte als Handlungen erklärt werden kann [31]); eben so kann auch auf diese Art die Bestellung eines Conventional-Pfandrechts stillschweigend geschehen, wenn nur die Worte oder Handlungen von der Art sind, daß sich daraus mit Sicherheit auf ein zu ertheilendes Pfandrecht schließen läßt [32]). Ein stillschweigendes Pfandrecht kann also a) durch Worte ertheilt werden, welche die Absicht, ein Pfandrecht zu bestellen, zwar nicht ausdrücklich, aber implicite zu erkennen geben, wie z. B. in folgenden Fällen. 1) Wenn der Schuldner gewisse Sachen benennt, an welche sich der Gläubiger beym Ausbleiben der Zahlung soll halten, oder daraus bezahlt machen dürfen [33]). 2) Wenn der Schuldner auf diesen Fall dem Gläubiger die Befugniß ertheilt, zu seiner Befriedigung gewisse Güter zum Verkauf zu bringen [34]).

3) Wenn

30) *L.* 9. *Cod. Quae res pignori.*

31) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 290.

32) Scilicet non quaelibet verba sufficiunt, sagt LEYSER Meditat. ad Pand. Vol IV. Spec. CCXXIII. medit. 3. simplicem obligationem indicantia, quippe quae magis ad obligationem personae, quam rerum referri oportet, verum talia requiruntur, ex quibus apparet, consensisse debitorem, ut res suae creditorem securiorem facerent.

33) MEVIUS Tom. II. P. VII. Decis. 49. HERT cit. Diss. §. 9. Weber a. a. O. §. 11. S. 103. Hierher gehören auch die Worte der *L.* 9. *Cod. Quae res pignori;* per earum sc. rerum exactionem satisfieri tibi promitto. S. Meißner §. 10.

34) *L.* 3. §. 2. *D. Qui potior. in pign.* Hat der Schuldner blos gewisse Sachen angegeben, aus welchen die Zahlung geleistet

3) Wenn er dem Gläubiger seiner Forderung wegen zur Sicherheit den Besitz einer Sache auf den Fall verspricht, wenn die Bezahlung nicht erfolgen würde [35]. 4) Wenn ein Pächter sich gegen den Verpächter anheischig macht, gewisse Sachen in das Pachtgut einzubringen, und sich hierbey keine andere Absicht denken läßt, als die, daß sie dem Verpächter zur Sicherheit wegen seiner Pachtforderungen haften sollen [36]. Eine stillschweigende Ein-

leistet werden soll, so läßt sich daraus noch nicht gleich eine Verpfändung schließen, weil es auch nur die Absicht des Schuldners seyn kann, dem Gläubiger die Mittel zur schnellern und leichtern Beytreibung seiner Forderung an die Hand zu geben, oder ihn auf einen Gegenstand zur Hülfsvollstreckung aufmerksam zu machen, wenn keine Bezahlung erfolgen sollte. S. Meißner §. 10. S. 13. f.

35) ERXLEBEN c. l. §. 47. Meißner §. 11. S. 15. ff. und von Bülow und Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 2. Band Erört. XLIV. S. 316. f.

36) BALDUINUS de pignorib. et hypoth. Cap. 6. Weber angef. Beyträge §. 12. in Desselben Versuchen über das Civilrecht. S. 106. f. und GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. T. II. §. 670. Von diesem Falle will man zwar auch die *L. 5. Cod. de locato cond.* verstehen. Allein der ganze Zusammenhang dieses Gesetzes lehrt, daß hier von einer ausdrücklichen Verpfändung die Rede sey. Denn die Worte *voluntate dominorum* deuten offenbar auf ein pactum hypothecae hin. Der Verpächter hatte sich an gewissen in das Pachtgut eingebrachten Sachen des Pächters wirklich eine Hypothek versprechen lassen, und die Frage war, ob sich diese Hypothek nur auf diejenigen Sachen beschränke, welche nach der Absicht des Verpächters in das Gut eingebracht werden soll-

Einwilligung des Schuldners in die Verpfändung kann aber auch b) aus andern Handlungen gefolgert werden. Dahin gehört 1) wenn er seinem Gläubiger zu dessen Sicherheit den Besitz einer Sache einräumt [37]), oder auch die den Erwerb derselben betreffenden Urkunden,

sollten, oder sich nicht auch auf solche erstrecke, von deren Einbringung der Verpächter nichts gewußt hat? Die Entscheidung des Kaisers Alexander geht nun dahin, daß nur auf erstere sich die Hypothek des Verpächters erstrecke. Certi iuris est, ea, *quae voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris iure dominis praediorum teneri.* Anders ist es bey Hausmiethen. Hier hat der Vermiether ein gesetzliches Pfandrecht an allen vom Miethsmanne eingebrachten Sachen, auch ohne von deren Einbringung etwas gewußt, oder solche verlangt zu haben. So stehen nun die folgenden Worte: *Quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis vel illatis scientia domini: nam ea quoque pignoris iure tenentur,* mit der Entscheidung dieses Gesetzes in dem genauesten Zusammenhange. Es ist also hier von keinem stillschweigenden noch vermutheten Conventionalpfandrecht die Rede, wie Weber, Günther, und auch Gesterding Lehre vom Pfandrecht §. 13. S. 93. behaupten. Man vergleiche dagegen Meißner's Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht. §. 72.

37) Mehrere wollen zwar schon das bloße Einräumen des Besitzes einer Sache für eine stillschweigende Verpfändung halten, z. B. LEYSER Spec. CCXXIII. medit. 3. Allein geschahe die Einräumung des Besitzes nicht mit der Erklärung, daß es in der Absicht geschehe, dem Gläubiger seiner Forderung wegen Sicherheit zu verschaffen, so würde der Gläubiger dadurch zwar ein Retentionsrecht, aber kein Pfandrecht erhalten. S. Meißner §. 12. und Gesterding §. 13. S. 94. Nr. 8.

den, z. B. Kaufbriefe, zu seiner Sicherheit übergiebt [38]. Denn wird eine Urkunde z. B. eine Schuldverschreibung, zum Unterpfande gegeben, so ist wohl keine andere Absicht denkbar, als daß das Object, worüber sie lautet, verpfändet seyn solle [39]. 2) Wenn ein Pacht stillschweigend erneuert wird, so sind auch die bey der ersten Verpachtung ertheilten Pfänder, als aufs neue verpfändet anzusehen [40]. 3) Wenn der Eigenthümer, dessen Sache der Schuldner verpfändet hat, nachher Bürge für den Schuldner wird, so wird dieß als eine stillschweigende Genehmigung der Verpfändung angesehen, vorausgesetzt,

38) ERXLEBEN c. l. LEYSER Spec. CCXXIII. medit. 4. Weber a. a. O. §. 11. S. 104. und Meißner a. a O. §. 1. 2. S. 20.

39) *L. 2. Cod. VIII. 17. Quae res pignori obligari possunt vel non.* Cum constet, pignus consensu contrahi, non dubitamus, eum, qui emtiones agrorum suorum pignori posuit, de ipsis agris obligandis cogitasse. *Emtiones agrorum* sind hier instrumenta emtionum, die Kaufbriefe. *L. 102. pr. XXXII. D. de legatis. L. 12. §. 45. D. de instructo vel. instrum. legat.* S. BRISSONIUS de Verbor. quae ad ius pert. Signific. v. Emtio. Westphal's Pfandrecht §. 57. Gesterding §. 13. S. 92. In den *Basilicis* Tom. IV. Lib XXV. Tit. 5. Const. 21. heißt es: Ο δεδωκὼς τὰ ὠνεακὰ τοῦ ἀγροῦ ἐις ἐνέχυρον, τὸν ἀγρὸν ὑποθέσθαι δοκεῖ. *Qui instrumenta emtionis fundi pignori posuit, ipsum fundum pignori obligasse videtur.*

40) *L. 13. §. 11. D. Locati.* Qui impleto tempore conductionis, remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, *sed etiam pignora videntur durare obligata.*

daß der Eigenthümer zu der Zeit, da er sich verbürgte, es gewußt habe, daß seine Sache verpfändet worden sey. Wäre hingegen die Verpfändung erst nach der Verbürgung geschehen, oder der Bürge hätte sie erst späterhin erfahren, so läßt sich eine stillschweigende Genehmigung unter diesen Umständen nicht mehr denken[41]). Man rechnet gewöhnlich auch noch 4) den Fall hieher, wenn Jemand ohne Widerspruch eine Urkunde schreibt, oder wissentlich unterschreibt, worin seine Güter von einem Andern verpfändet worden sind[42]); allein andere[43]) wollen diesen Fall lieber zu dem ausdrücklichen Conventionalpfandrecht rechnen.

Uebrigens bemerkt **Hellfeld** noch, daß es, so wie es bey der Bestellung eines Conventionalpfandrechts nicht auf bestimmte Worte ankommt, mit welcher es ertheilt wird, eben so auch gleichviel sey, ob es von dem Schuldner in eigener Person, oder in seinem Namen von dem Bevollmächtigten desselben bestellet wird, es muß nur letzter

41) *L. 5. §. 2. D. In quibus causis pignus.* Si quis fideiubeat, cum res illius a debitore, pro quo fideiussit, pignori data sit, bellissime intelligitur, hoc ipso, quod fideiubeat. quodammodo mandare, res suas esse obligatas. Sane si postea sint eius res hypothecae datae, non erunt obligatae.

42) *L. 26. § 1. D. de pignorib. L. 8. §. 15. L. 9. §. 1. D. Quib. mod. pign. vel hyp. solvit.* VOET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 2. §. 1. HERT cit Diss § 13. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. T. II. §. 1177. Gmelin Ordnung der Gläubiger. §. 80. Weber a. a. O. §. 11. Meißner vom stillschw. Pfandrecht §. 13.

43) ERXLEBEN §. 48. not. a. Gesterding §. 13. S. 94.

letzter mit einer unbezweifelten Specialvollmacht, oder mit einer auf alle Geschäfte desselben unbeschränkt sich erstreckenden Generalvollmacht versehen seyn [44]). War der Procurator mit keiner solchen Vollmacht versehen, so kann das Pfandrecht nur durch nachfolgende Genehmigung des Schuldners Gültigkeit erhalten [45]).

§. 1083.

Actio *Serviana* und *Quasi Serviana* oder *hypothecaria.*

Die dem Pfandrecht eigene Klage, mittelst welcher der Gläubiger die ihm verpfändete Sache zu seiner Befriedigung von jedem Besitzer abfordern kann, stammt, wie Paulus [46]) lehrt, aus dem ius honorarium her. Daß wegen des Faustpfandes schon eine ältere dingliche Klage nach dem Civilrecht Statt gefunden haben solle [47]), ist nicht wahrscheinlich. Denn wozu hätte es denn der Weitläuftigkeiten einer feierlichen Mancipation sub fiducia bedurft, wenn ausser der Rei vindicatio, das Civilrecht dem Gläubiger eine eigene *vindicatio pignoris*, oder eine *actio pigneratitia in rem* gegeben hätte? Einer actio

44) *L.* 11. §. 7. *L.* 12 *D. de pignerat. act.* HOFACKER Princ. iur. civ. R. G. T. II. §. 1174.

45) *L.* 20. *pr. D. de pign. act.* HOFACKER c. l. not. c. GÜNTHER Princip. iur. Rom. privati noviss. Tom. II. §. 669.

46) *L.* 17. §. 2. *D. de pactis.* PAULUS *Lib. III. ad Edictum.* De pignore *iure honorario* nascitur ex pacto actio.

47) S. von Löhr Bemerkungen über die dinglichen Pfandklagen, in dem Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung von Grolman und Löhr 3. Bandes 1. Heft Nr. IV. S. 129. ff.

actio pigneratitia in rem, thun freylich viele Stellen[48]) in den Pandecten Erwähnung, allein sichtbar ist dieses keine andere, als die Hypothecarische Klage, von welcher der römische Jurist Marcian in der *L.* 5. §. 1. *D. h. t.* die aus desselben *libro singulari ad formulam hypothecariam* genommen ist, ausdrücklich sagt, daß in Rücksicht derselben zwischen pignus und hypotheca nur ein Unterschied im Namen bestehe[49]). Wenn nun auch Justinian in den Justitutianen §. 7. *IV.* 6. *de Actionibus* eben so lehrt, und uns geradezu sagt: Inter pignus autem et hypothecam, *quantum ad actionem hypothecariam attinet*, nihil interest; wie läßt sich hier ein Irrthum denken[50])? Vor der *actio Serviana* stand also dem Gläubiger noch keine eigene Pfandrechtsklage zu. Daß man den Prätor Servius, von dem diese Klage ihren Namen hat, zwar gewöhnlich, aber fälschlich, für den Servius Sulpicius Rufus hält, ist schon an einem andern Orte[51]) gezeigt worden. So-

48) *L.* 7. §. 12. *D. Communi dividundo. L.* 3. §. 3. *D. Ad exhibendum. L.* 41. *D. de pigner. act. L.* 22. *D. de pignorib. et hypoth. L* 9. *pr. D. Quib. mod. pign. vel hyp. solvit. L.* 11. §. 10. *L.* 19. *L.* 30. §. 1. *D. de except. rei iudic.*

49) S. *Claud.* SALMASIUS de modo usurarum. Cap. 12. pag 496 sqq. und *Bern. Henr.* REINOLDI Oratio de Legum inscriptionibus. §. 10. in *Opusc.* pag. 574.

50) S. den 14. Th. dieses Commentars 1. Abth. §. 862. Not. 48. S. 15. f.

51) Siehe den 14 Th. des Commentars §. 862. S. 14. Heineccius ist deshalb schon von POTHIER. in Pandect. Iustin. h. t. Nr. XXVIII. not. h. widerlegt.

Soviel ist indessen gewiß, daß zu Cicero's Zeiten der Hypothekvertrag schon bekannt war. Denn er braucht selbst das griechische Wort ὑποθῆκαι, und in dem von ihm erzählten Rechtsfalle war der Gläubiger nicht im Besitz [52]). Der Fall war zwar in Carien, und nicht in Rom vorgekommen, es erscheint aber doch aus dem ganzen Briefe des Cicero, worin er die Kapitalforderungen seines Freundes, des Cluvius Puteolanus, dem Proprätor Thermus in Asien zur baldigen Befriedigung des Gläubigers empfiehlt, daß damals schon das ausgedehntere Hypothekenrecht müsse Statt gefunden haben. Wahrscheinlich galt also das Hypothekenrecht früher in den Provinzen, als in Rom, und es ist sehr glaublich, daß der Servius, von dem die actio Serviana ihren Namen hat, Proprätor in irgend einer Provinz war, und daher diese Klage durch ein Provinzialedict sey eingeführt worden, weil die Mancipatio sub fiducia, wodurch sich der römische Gläubiger ein Vindicationsrecht verschaffen konnte, in den Provinzen, und also unter Peregrinen, sofern ihnen das Commercium nicht war gegeben worden, nicht galt [53]). Servius, nach dessen Edict nun ein Pfandrecht durch bloßen Vertrag, auch ohne Uebertragung des Besitzes, mit der Wirkung, dasselbe gegen einen Dritten zu verfolgen, bestellet

52) *Epistol. ad Diversos Lib. XIII. Epist.* 56. Praeterea Philotes Alabandensis ὑποθήκας Cluvio dedit. Hae commissae sunt. *Velim cures*, *ut aut de hypothecis decedat*, *easque procuratoribus Cludii tradat*, *aut pecuniam solvat*.

53) ULPIANUS *Fragm. XIX.* §. 4. *Io. Aug.* BACH Prolusio de Edicto perpetuo provinciali. Opusculor. pag. 175. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. Pr. pag. 432.

stellt werden konnte, muß daher ohne allen Zweifel schon vor Cicero gelebt haben, da letzterer von den Hypotheken, als von einer damals ganz bekannten Sache, spricht. Es war aber auch schon längst vorher der Name ὑποϑήκη bey den Griechen bekannt, wie Salmasius [54]) aus vielen Stellen des Demosthenes, Hesychius und Phrynichus erwiesen hat. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so ist soviel gewiß, daß die *actio Serviana* ursprünglich nur dem Verpächter eines praedii rustici, wegen der ihm zur Sicherheit des Pachtgeldes verpfändeten Sachen des Pächters, gegeben wurde. Sie ward erst nachher durch Interpretation auf alle übrige Fälle ausgedehnt, wo dem Gläubiger ein Pfandrecht war bestellt worden. Diese ausgedehnte Pfandrechtsklage hieß dann *actio Quasi Serviana*, oder *actio hypothecaria*. Gerhard Noodt [55]), leitet zwar auch die letztere aus dem Edict des Prätors her, und stellt hier folgende Formel des Edicts auf. *Quod quis sibi pro pecunia debita pignori hypothecaeve obligatum esse dicet, quod de eo convenit cum eo, cuius in bonis erat, nisi arbitrio iudicis ei restituatur, adversus eum, qui eam possidebit, quanti ea res erit, iudicium dabo. Si soluta erit pecunia, aut pro ea satisfactum, perve creditorem stetit, quominus id fieret, iudicium non dabo.* Allein andere [56]) eignen

54) De modo usurarum. *Lugd. Batavor.* 1639. Cap. 12. pag. 499. sqq.

55) Commentar. ad Dig. h. t. Pr. in *Operib.* Tom. II. pag. 432.

56) S. *Arn.* VINNIUS Comment. ad Institut. Lib. IV. Tit. 6. §. 7. nr. 6. *Ev.* OTTO Commentar. ad Inst. eod. loc. §. 7. *Andr.*

eignen die *actio Quasi Serviana* richtiger der Interpretation der römischen Rechtsgelehrten zu, wie schon der Name selbst anzeigt. Hätte auch diese Klage ihren Ursprung einem Prätor zu verdanken, so würde sie gewiß, so gut, wie jene erstere, ihren eigenen Namen erhalten haben. Zwar sagt **Justinian** §. 7. *I. de actionib.* Item Serviana et *Quasi Serviana*, quae etiam hypothecaria vocatur, *ex ipsius Praetoris iurisdictione* substantiam capiunt; allein es ist bekannt, daß diejenigen Klagen, welche von den Römischen Rechtsgelehrten durch Interpretation des Edicts sind eingeführt worden, auch prätorische genennt werden, weil sie doch ursprünglich auf das Edict des Prätors gegründet sind [57]). Beyde Klagen erklärt uns **Justinian** a. a. O. so: *Serviana* autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur. *Quasi Serviana* autem, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Der Name *actio Serviana* begreift jedoch zuweilen beyde Klagen unter sich; z. B. wenn die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** *L. 6. C. Si aliena res pignori data sit.* sagen: Cum Serviana etiam actio declaret evidenter, iure pignoris teneri non posse, nisi quae obligantis in

Andr. MYLIUS Diss. de actione Quasiserviana. Posit. I. *Lipsiae* 1682. *Ge. Aug.* MALCOMESIUS Diss. de actione hypothecaria. Th. 6. Giess. 1698. **Westphal** Pfandrecht §. 262. Not. 293. HOFACKER Princ. iur. civ. R. G. T. II. §. 1231. not. b.

57) Die von **Noodt** angeführten *L. 6. Cod. Si aliena res pignori data sit*, und *L. 19. Cod. de Usuris* beweisen seine Meinung nicht. S. *Io. God.* MÜLLER Historia iuris civ. de pignoribus. Specim. I. §. 7. pag. 26. sq.

in bonis fuerint. Beyde Klagen können auch *ordinariae* und *utiles* seyn*). Wenn nämlich das Pfandrecht schon von Anfang an, als gültig, bestand; so heißt die Klage *actio ordinaria super pignore*, sie sey *Serviana* oder *Quasi Serviana*. Sie wird auch *actio pigneratitia in rem* genennt[58]. Hat aber das Pfandrecht erst in der Folge seine Gültigkeit erhalten, was anfangs nicht gültig war bestellt worden, so heißt sie *actio Serviana* oder *Quasi Serviana utilis*, z. B. wenn der Schuldner zur Zeit der Verpfändung noch nicht Eigenthümer der Sache war, er ist es aber noch nachher geworden. Hieher gehört *L. 5. Cod. Si aliena res pignori data sit.* Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIAN. A. A. *Eutychio.* Cum res, quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis eius esse incipiat: *ordinariam* quidem *actionem* super pignore non competere, manifestum est: sed tamen aequitatem facere, ut facile *utilis persecutio exemplo pigneratitiae* detur. Eben dieses bestätiget Modestinus *L. 22. D. de pignorib.* Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres extitero, ex postfacto pignus directo quidem non convalescit, sed *utilis pigneratitia* dabitur creditori. Jedoch wird auch die actio Quasi Serviana oder hypothecaria, sehr oft in unsern Gesetzen *utilis Serviana* genennt[59].

Ob

*) BACHOV. Tr. de actionib. Diss. III. Th. 36.

58) *L. 7. §. 12. D. Communi divid. L. 3. §. 3. D. ad exhib. L. 11. §. 10. L. 19. L. 30. §. 1. D. de except. rei iudicatae.*

59) *L. 1. §. 2. D. h. t. L. 1. Cod. de precario et Salviano interdicto. L. 1. Cod. Communia de legatis.* S. *Franc.* BROEUS

Ob sich die Sache in dem römischen Eigenthum des Schuldners befand, oder nicht, kam bey der actio Serviana oder Quasi Serviana nie in Betrachtung; und in dieser Hinsicht waren die actio pigneratitia in rem und die actio Serviana nie von einander unterschieden. Es war vielmehr die *actio pigneratitia in rem*, so wie die *vindicatio pignoris*[60]) der allgemeine Name, welcher die actio Serviana und Quasi Serviana unter sich begriff[61]), wie aus *L. 3. §. 3. D. ad Exhibendum* erhellet, wo **Ulpian** sagt: Est autem personalis haec actio, (sc. ad exhibendum) et ei competit, qui *in rem* acturus est, qualicunque in rem actione: etiam *pigneratitia Serviaua*, *sive hypothecaria*, quae creditoribus competunt. Mit Recht bemerkt zwar **Janus a Costa**[62]) daß hier nicht von drey, sondern nur von zwey Pfandklagen die Rede sey, nämlich der actio Serviana und hypothecaria; oder wie sie auch sonst genennt wird, *utilis Serviana*; wenn er jedoch einen Unterschied macht, ob wegen eines Faustpfandes, oder wegen einer Hypothek geklagt wird, und behauptet, daß die Klage in dem ersten Falle pigneratitia *Serviana*, und in dem andern Falle *hypothecaria* genennt werde; so ist dieser Unterschied ganz unrichtig. Das Gegentheil lehrt

BROEUS Exposit. in Iustin. Institut. ad §. 7. de Actionib. nr. 2. pag. 761.

60) *L. 16. §. 3. D. de pignorib. L. 12. pr. D. Qui potior. in pignore.*

61) S. **Schweppe** Römisches Privatrecht 1. Th. §. 309.

62) Commentar. in Iustin. Institut. Lib. IV. Cap. 6. de actionib. §. 7. pag. 526.

lehrt Julian, wenn er *L. 28. D. de pigner. actione* sagt: Si creditor, qui rem pignori acceperat, amissa eius possessione, *Serviana actione* petierit, et litis aestimationem consecutus sit, postea debitor eandem rem petens exceptione summovetur, nisi offerat ei debitor, quod pro eo solutum est. Ja Justinian sagt es selbst ausdrücklich in dem oben angeführten §. 7. *I. de actionib.* es sey, in Rücksicht der *actio hypothecaria*, kein Unterschied zwischen pignus und hypotheca. Darin aber hat Costa vollkommen Recht, wenn er sagt, *iure civili* nullam fuisse proditam actionem, qua rem pignori oppositam creditor persequatur: nisi forte pignus esset, quod dominium transferebat in creditorem, et dicebatur *fiducia*, ut est apud PAULUM *Libro II. Sententiar. toto tit. de Lege commissoria*, et in *L. 9. Cod. Theod. de infirmandis iis, quae sub tyrannis gesta sunt*; hoc enim casu creditor, tamquam dominus, *rei vindicationem* habuit. Hätte es, ausser der actio Serviana und hypothecaria, auch noch eine dritte *actio in rem pigneratitia* für den Faustpfandgläubiger gegeben, welche ihm nach dem Civilrecht in dem Fall zugestanden hätte, wenn das Pfandrecht schon von Anfang an gültig war; wie hätte Julian, der in der oben angeführten Stelle gerade von diesem Falle sprach, sie mit Stillschweigen übergehen, und die actio *Serviana* nennen können, wenn diese bey einem Faustpfande gerade nur in dem Falle Statt gehabt haben sollte, wenn die Sache nicht im römischen Eigenthume des Verpfänders, sondern nur im natürlichen war? Nur die actio pigneratitia *in personam* ex contractu ist eine Civilklage, welche

aber

aber nicht hieher gehört, sondern schon in einem andern Titel der Pandecten erklärt worden ist. Bröus[63]) glaubt übrigens die hypothekarische Klage sey für keine rechte Realklage gehalten worden, weil sie theils gegen die Regel des Civilrechts eingeführt worden, nach welcher aus einem bloßen Pactum keine Klage entsteht; theils von dieser Klage nur der Ausdruck *persecutio*[64]) gebraucht werde, welcher blos in dem Falle üblich sey, wenn ein Rechtsmittel nur ausser der Ordnung der Billigkeit wegen gestattet wird; theils auch ausdrücklich in den Gesetzen von den Realklagen unterschieden werde[65]). Allein ausserdem, daß so viele Stellen in unserm Corpus Juris von einer *vindicatio pignoris* reden[66]), so lehren ja auch mehrere Stellen ausdrücklich, daß die pignoris vel hypothecae persecutio dem Gläubiger eine actio in rem verschaffe. So sagt wenigstens **Ulpian** *L.* 17. *D. h. t.* Pignoris persecutio *in rem* parit *actionem* creditori; und eben so rescribiren die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** *L.* 18. *Cod. eodem:* Pignoris vel hypothecae persecutio *in rem* est. Ja noch bestimmter sagen dieselben in der *L.* 2. *Cod. Si unus ex pluribus heredibus.* quod pignoris vindicatio non personam obliget, *sed rem sequatur.* Und in den Institutionen §. 31. *IV.* 6. *de actionibus* werden die

actio

63) Expositio in Iustin. Institut. Lib. IV. Tit. 6. §. 7. Not. 4.

64) *L.* 14. *pr. D. h. t.* L. 8. *Cod. eodem. L.* 1. *Cod. Si antiquior creditor. L.* 27. *D. de nox. act.*

65) *L.* 1. *L. ult.* §. 2 *Cod. Communia de legatis.*

66) *L.* 16. § 3. *D. h. t. L.* 28. *L.* 29. *pr. D. eodem. L.* 12. § 1. *D. Quib. mod. pign. vel hyp. solvit. L.* 2. *Cod. Si unus ex pluribus heredibus.*

actio Serviana de rebus coloni, und die *Quasi Serviana*, quae etiam *Hypothecaria* vocatur ausdrücklich zu den actiones *in rem* gezählt. Es ist auch ganz unrichtig, daß die hypothekarische Klage von persönlichen sowohl als dinglichen Klagen, gleichsam als eine zu keiner von beyden gehörige Klage, unterschieden werde; die angeführten Gesetze unterscheiden sie blos von der rei vindicatio, welche dem Legatar so gut, wie jene, zusteht. Und der Ausdruck *pignoris persecutio*, besonders in der Verbindung, in welcher derselbe vorkommt, soll blos, wie schon Janus a Costa [67]) und Anton Schulting [68]) bemerkt haben, die Intention des Klägers und die Anführung des Rechts bezeichnen, worauf die Klage gegründet wird. Denn wer ein Pfandrecht verfolgt, gründet sich darin, die Sache hafte ihm zur Sicherheit, und verlangt von jedem Besitzer deren Abtretung. Die hypothekarische Klage steht nun also

I. jedem Pfandgläubiger zu, der sich nicht in dem Besitz des Pfandes befindet, es mag ihm eine Hypothek bestellt, oder ein Faustpfand gegeben seyn, wenn er etwa in dem letztern Falle den Besitz des Pfandes zufällig wieder verlohren haben sollte [69]). Sie steht auch dem zweyten Pfandgläubiger zu, wenn ihm gleich die Hypothek ohne Einwilligung des ersten Gläubigers bestellt worden ist. Er kann zwar nicht gegen den erstern klagen, wenn dieser das Pfand besitzt, aber doch von jedem dritten Besitzer das Pfand abfor-

67) Commentar. ad §. 7. I. de action.

68) Thesium controversar. Decad. LXXVI. Th. 2.

69) *L. 28. D. de pignerat. act.*

abfordern, der solches nicht von dem erstern Pfandgläubiger gekauft hat [70]). Er muß es aber freylich, wenn der erste Pfandgläubiger seine Hypothek verfolgt, demselben herausgeben [71]). So wie dem Gläubiger selbst, steht die Klage auch den Erben desselben zu, und zwar jedem derselben, wegen der Untheilbarkeit des Pfandrechts, (§ 1076. nr. III. S. 169. ff.) in solidum [72]).

II. Als dingliche Klage findet sie gegen jeden Besitzer der Sache Statt [73]), er sey der Verpfänder selbst, oder dessen Erbe, und zwar haftet jeder Erbe, wenn deren mehrere sind, nicht blos wegen seines Antheils, sondern wegen des inne habenden Pfandes für die ganze Schuld, weil das Pfandrecht nicht eher aufhört, als bis die ganze Schuld

70) *L.* 12. §. 7. *D. Qui potiores in pignore.* Si simpliciter convenisset secundus creditor de hypotheca, ab omni possessore eam auferre poterit, *praeter priorem creditorem*, et qui ab eo emit.

71) *L.* 12. *pr. D. eodem.* Sed si cum alio possessore creditor secundus agat, recte aget, et adjudicari ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo, auferat ei rem.

72) *L.* 1. *Cod. VIII.* 32. *Si unus ex pluribus heredib. creditoris. Franc.* BALDUINUS de pignorib. et hyp. Cap. 14.

73) *L.* 16. §. 3. *D. de pignorib.* In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is, cum quo actum est? Nam si non possideat, nec dolo fecerit, quo minus possideat, absolvi debet. *Frid.* PLATNER Exercit. II. ad Marcianum de formula hypothecaria (*Lipsiae* 1759) pag. 39. will die Worte: *cum quo actum est*, blos vom Schuldner erklären, cum quo pignoris obligatio intercessit. Allein zu dieser einschränkenden Erklärung ist theils

Schuld getilgt ist [74]). Sie geht nicht minder auch gegen einen solchen Besitzer, der gleichfalls ein Pfandrecht an der Sache hat; es muß nur kein vorgehender Pfandgläubiger seyn [75]). Noch vielmehr also gegen den fremden Besitzer, der nicht einmal Gläubiger ist, z. B. gegen den, welcher die verpfändete Sache vom Schuldner kaufte [76]). Dominium enim *cum sua causa* (sc. cum causa pignoris) so rescribiren die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** *L.* 12. *Cod. de distract. pignor.* transtulit ad emtorem. Hat sich der Besitzer in der arglistigen Absicht, des Klägers Ansprüche zu vereiteln, des Besitzes entäussert, so kann er dennoch, dem wirklichen Besitzer gleich, belangt werden, er haftet dann wenigstens für den Werth der Sache, welchen der Kläger auch durch seinen Eid bestimmen kann. Kann dann der Beklagte nicht, aller möglichen Bemühung ungeachtet, die Sache selbst wieder herbeyschaffen, so wird er verurtheilt, den Werth der Sache zu bezahlen, so hoch ihn der Kläger beschworen hat.

theils gar kein Grund vorhanden, theils ist sie auch den Worten des Gesetzes zuwider, da hier von der vindicatio pignoris, als einer Realklage, die Rede ist, welche wider jeden Besitzer Statt findet.

74) *L.* 2. *Cod. Si unus ex plurib. heredib.* *L.* 1. *Cod. de luit. pignor.* *L.* 2. *Cod. de hered. action.* BALDUINUS c. l. pag. 86.

75) *L.* 12. §. 7. *D. Qui potior. in pignore.*

76) *L.* 15 *Cod. de pignorib.* Debitorem neque vendentem, neque donantem, neque legantem, vel fideicommissum relinquentem, posse deteriorem facere creditoris conditionem, certissimum est. Unde si tibi obligatam rem probare posse confidis, pignora persequi debes.

hat [77]). Eben dieser Eid findet auch in dem Falle Statt, wenn der Beklagte aus Ungehorsam das Pfand nicht heraus-

77) *L.* 16. §. 3. *D. h. t.* Hier sagt Marcian, aus dessen *libro singul. ad formulam hypothecariam* diese Stelle genommen ist: Sin vero dolo quidem desiit possidere, summa autem ope nisus non possit rem ipsam restituere: *tanti condemnabitur, quanti actor in litem juraverit;* sicut in caeteris in rem actionibus. Nam si tanti condemnatus esset, quantum deberetur, quid proderat in rem actio, cum et in personam agendo idem consequeretur? So klar und bestimmt in diesen Worten die Wahrheit ausgesprochen ist, daß bey der actio hypothecaria das iuramentum in litem Statt finde, wenn sich der Besitzer aus Gefährde des Besitzes der verpfändeten Sache entäussert hat; so sagt dennoch *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ Lib XVI. Cap. 15. si ratio iuris spectatur, nihil dici posse falsius, nihil ineptius. Denn nur offenbare Billigkeit und Nothwendigkeit rechtfertige diesen Eid. Billigkeit trete aber nur in dem Falle ein, wenn Jemand die Herausgabe einer fremden Sache boshaft und hartnäckig verweigert. Denn es wäre unbillig, wenn der Eigenthümer durch den Dolus des Besitzers sollte genöthiget werden können, seine Sache nur für den gewöhnlichen Preis zu verkaufen, da zugleich der Ungehorsam bestraft werden müsse. So lehrten Marcellus *L.* 8. *D de in litem iurando*, und Paulus *L.* 25. §. 1. *D. Soluto matrimonio*, und *L* 9. *D. de act. rer. amotar.* Nothwendigkeit aber rechtfertige das iuramentum in litem nur in dem einzigen Falle, wenn die schuldige Sache nach eingetretenem Verzuge, jedoch noch vor der lis contestata, zu Grunde gegangen ist. Denn nun lasse sich die Schätzung einer Sache, die nicht mehr vorhanden ist, ohne Eid nicht ausmitteln, wie Marcian *L.* 5. §. *ult. D. de in litem jurando* selbst sage. Keiner von beyden Rechtfertigungsgründen trete

ausgeben will[78]). Zwar sagt dieses Ulpian *L.* 21. §. 3. *D. h. t.* nicht so bestimmt, wie Marcian in jenem ersten Falle, si

trete nun bey der actio hypothecaria ein. Denn wer diese anstellt, sey weder Eigenthümer, noch könne es seyn. *L.* 35. *D de div. Reg. iuris.* Es falle also 1) der Grund der Billigkeit weg. Noch weniger aber könne 2) bey dieser Klage eine Nothwendigkeit eintreten, welche den Eid rechtfertige. Nam in hypothecaria non res ipsa debetur, sed pecunia, quae sui natura certam semper habet aestimationem. *L.* 3. *D. de in litem iur.* Allein dieses ganze Raisonnement beruhet auf lauter falschen Prämissen. Erstens daß blos der Eigenthümer in litem schwören könne, wenn ihm seine Sache durch eine Gefährde des Beklagten vorenthalten wird; ist ein dem Civilrecht ganz unbekannter Satz, wovon Marcian *L.* 5. *pr. D. de in lit. iur.* das Gegentheil lehrt. Man sehe auch *L.* 7. *D. Si serv. vindic.* *L.* 41. §. 1. *D. de re iudic. L. ult.* §. 1. *D. de appellat. L.* 3. §. 14. *D. de tab. exhib.* Zweytens schließt auch die actio hypothecaria den Grund der Nothwendigkeit nicht schlechterdings aus, wie gerade in dem Falle, von welchem Marcian spricht, nämlich, wenn sich der Beklagte aus Gefährde des Besitzes der verpfändeten Sache entäussert hat. Es ist aber auch eine offenbare petitio principii, daß das iuramentum in litem nur dann Statt habe, wenn die Sache nicht mehr in rerum natura vorhanden ist. Das Gegentheil lehren *L.* 46. 47. 69. *et* 70. *D. de rei vindicat.* Als eine actio in rem geht ja die hypothekarische Klage auf Restitution der Sache. *L.* 66. *D. de evict.* Warum sollte also dem Pfandgläubiger das iuramentum in litem zu versagen seyn, welches doch die Gesetze gerade in dem Falle, quo reus dolo desiit possidere, nicht blos bey Realklagen, sondern sogar bey der actio ad exhibendum, welche auch dem Pfandgläubiger, so gut wie dem Eigenthümer, gestattet wird, *L.* 3. §. 3.

si dolo possidere desiit. Ulpian sagt nur: Si res pignerata non restituatur, lis adversus possessorem erit aestimanda: sed utique aliter adversus ipsum debitorem, aliter adversus quemvis possessorem. Nam adversus debitorem non pluris, quam quanti debet, quia non pluris interest: *adversus caeteros possessores etiam pluris*[79]), et quod amplius debito consecutus creditor fuerit, restituere debet debitori pigneratitia actione. Allein Ulpian stellt an ei-

X 2 nem

§. 3 *D. ad exhib.* ganz vorzüglich zugelassen wissen wollen? *L.* 25. §. 8. *et* 10. *D. de heredit. petit. L.* 5. §. 2. *D. ad exhib. L.* 5. *pr. D. de in lit. iur.* Mit welchem Recht konnte also Anton Faber hier das Geständniß ablegen, totum illum versiculum *Triboniani* inscitiae potius, quam *Marciani* elegantiae adscribendum esse? Wer sollte nicht vielmehr dem Reinhard Bachov beystimmen, wenn er in seinem Tr. de pignorib. et hyp Lib. III. Cap. 12. nr. 4. diese Beschuldigung des Tribonian für eine summa impudentia erklärt? Ausführlicher noch ist Faber von *Iust.* MEIER Ενδοξων Iustinianeor. Decad. VII. Cap 1. widerlegt worden. Man vergleiche auch Westphals Pfandrecht §. 267. Not. 297 S. 386. ff.

78) S. Westphals Pfandrecht. §. 267. BALDUINUS de pignorib. Cap. XIV. pag. 92. und BACHOVIUS Tr. de pignoribus Lib. III. c. 12. nr. 6.

79) Von dem dritten Besitzer muß sich der Pfandgläubiger darum den höchstmöglichen Werth bezahlen lassen, weil er sonst gewärtigen muß, von dem Schuldner mit der actio pigneratitia in Anspruch genommen zu werden. Denn der Glaubiger handelt hier, wie bey der Veräusserung des Pfandes, im Namen des Schuldners, dem das Pfand gehört. S. POTHIER Pandect. Iustinian. T. I. h. t. Nr. XXXV. not. b.

nem andern Orte, *L. 1. D. de in litem iurando* die Regel auf: ex contumacia non restituentis res aestimatur *ultra rei pretium* per iusiurandum in litem; und eben so sagt **Paulus** *L. 2. §. 1. D. eodem*, und **Marcellus** *L. 8. D. eodem.* Hat nun der Gläubiger den Werth der Sache nach seiner eidlichen Würderung erhalten, so giebt er davon, was über seine Forderung hinausgeht, an den Schuldner zurück. Jedoch kann der dritte Besitzer dadurch die Condemnation abwenden, wenn er den Gläubiger wegen seiner Forderung befriediget, oder die Sache dem Gläubiger restituirt [80]). War der Schuldner selbst wegen seines Ungehorsams in eine größere Summe verurtheilt worden, als er schuldig ist, und er hat nachher soviel bezahlt, als Kapital und Zinsen betragen; so wird zwar dadurch die Hypothek, welche sonst nach der Strenge des Rechts für diese judicatmäßige Summe haften würde, nach der gesetzlich anerkannten Billigkeit frey gemacht [81]); allein

80) *L. 16. §. 3. D. h. t.* Si vero possideat, et *aut pecuniam solvat*, *aut rem restituat*, aeque absolvendus est. Si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur. Wollte der Beklagte die Sache zwar gern restituiren, aber es ist ihm nicht gleich möglich, weil sie sich an einem entfernten Orte befindet; so kann er sich durch Cautionsleistung eine Entbindung von der Klage verschaffen, wie **Marcian** in eben dieser Stelle sagt: Sed si velit restituere, nec possit, forte quod res abest, et longe est, vel in provinciis, solet cautionibus res explicari: nam, si caveret, se restituturum, absolvitur. Daß der Besitzer, er sey, wer er wolle, durch Bezahlung der Schuld, die Hypothek befreien, und die Klage abwenden könne, sagt auch *L. 12. §. 1. D. Quib. mod. pignus solvitur.*

81) *L. 16. §. 6. D. h. t.* Si pluris condemnatus sit debitor non

allein ob auch die wegen der erkannten Strafe des Ungehorsams begründete actio rei iudicatae damit aufgehoben sey, sagen die Gesetze nicht ausdrücklich. Ulrich Huber[82]) trägt daher Bedenken, dieses zu behaupten, weil doch beyde Klagen von einander ganz verschieden sind, und die Auctorität der Rechtskraft dieses nicht erlaubt, welche den Gesetzen selbst heilig sey[83]). Allein die Hypothek erlöscht ja anders nicht, als wenn der Gläubiger befriediget ist. Wie könnte ihm also, nach der Befreyung der Hypothek, noch die actio iudicati zustehen[84])? Sonderbar ist freylich

non restituendo pignus, quam computatio sortis et usurarum faciebat: an si tantum solverit, quantum debebat, exoneretur hypotheca? Quod ego, quantum quidem ad subtilitatem legis, et auctoritatem sententiae, non probo. Semel enim causa transire videtur ad condemnationem, et inde pecunia deberi. Sed humânius est, non amplius eum, quam quod revera debet, dando hypothecam liberare. Man hat hier nicht nöthig, gerade einen solchen Fall anzunehmen, wo der Schuldner nur de facto, aber nicht de iure war condemnirt worden, wie POTHIER in Pand. Iustin. h. t. Nr. XXXV. not. c. und Westphal im Pfandrecht §. 11. und Not. 23. thun. Denn warum ~~sollte der~~ Gläubiger nicht sein Interesse in Anschlag bringen können? Hierdurch wächst also natürlich die Schuld. Eben das, wozu der Schuldner dem Gläubiger rechtskräftig verurtheilt worden ist, macht aber jetzt die schuldige Summe aus. Und so steht nun auch die *L.* 21. §. 3. *D. eodem* nicht im Wege.

82) Eunomia Rom. ad L. 16. §. 6. D. h. t. pag. 727. sq.

83) *L.* 25. *D. de statu hom. L.* 56. *D. de re iudic. L.* 207. *D. de div. Reg. iuris.*

84) Dieses bestätigen auch die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 2. Const. 16. §. 5. Ἐὰν ὁ χρεώστης ἐναχθεὶς τῇ ὑπο-

θηκαρία-

lich diese Entscheidung. Deswegen trage ich aber doch Bedenken, das Fragment des Marcian mit Anton Faber[85]) für corrupt und interpolirt zu halten[86]).

III. Die hypothekarische Klage setzt jedoch in der Regel voraus, daß die Schuld verfallen, und der Schuldner in mora sey. Wegen einer noch nicht zahlbaren Schuld findet daher die Klage nicht Statt, wofern nicht etwa dem Gläubiger blos daran gelegen ist, den verlohrnen Besitz der ihm mittelst des Pfandcontracts vom Schuldner eingehändigten Pfänder wieder zu erlangen. Hier ist es dem Gläubiger erlaubt, die hypothekarische Klage auch vor dem Eintritt des Zahlungstermins zu erheben, wie **Ulpian** lehrt, wenn er *L.* 14 *pr. D. h. t.* sagt: Quaesitum est, *si nondum dies pensionis venit*, an et medio tempore persequi PIGNORA permittendum sit? Et puto, dandam PIGNORIS persecutionem, *quia interest mea*[87]). Et ita CELSUS scribit. Ausserdem bleibt es

θηκαρία, καὶ μὴ ἀποκαταστήσας εἰς πλέον ποσὸν τοῦ κεφαλαίου καὶ τῶν τόκων καταδικασθῇ, μόνον το χρέος διὰ τὸ φιλάγαθον δίδωσι. i. e. *Si debitor conventus hypothecaria pluris condemnatus sit non restituendo pignus, quam sors et usurae faciebant, debitum duntaxat secundum benignitatis temperamentum dat.*

85) Conjecturar. iuris civ. Lib. XVI. Cap. 14. pag. 573. sq.

86) Ausführlich hat über die *L.* 16. §. 6. *D. h. t. Iust.* MEIER Ενδοξων Iustinian. Dec. VII. cap. 2. commentirt. Man sehe auch *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Finis.* p. 441. sq.

87) Westphal im Pfandrecht §. 269. Not. 299. erklärt diese Gesetzstelle mit der Gloße von dem Falle, wenn dem Gläubiger eine Gefahr drohet, seine Sicherheit zu verlieren, z. B. der Schuld-

es bey der Regel, daß so lang die Schuld noch nicht exigibel ist, auch die hypothekarische Klage nicht erhoben werden könne. Hängt daher die Forderung des Gläubigers noch von einer Bedingung ab, so findet die Klage erst nach deren Erfüllung Statt. Eben so ist es, wenn zwar die Schuld unbedingt, aber die Hypothek unter einer Bedingung bestellt worden ist, und diese noch nicht existirt. Beyde Fälle entscheidet **Marcian** *L.* 13. §. 5. *D. h. t.* Si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est, ante conditionem non recte agi, cum nihil interim debeatur: sed, si sub conditione debiti conditio venerit, rursus agere poterit. Sed si praesens sit debitum, hypotheca vero sub conditione, et agatur ante conditionem hypothecaria, verum quidem est, pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est: ideoque arbitrio iudicis cautiones interponendae sunt, si conditio exstiterit, nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit. Ist eine

Schuldner will sich entfernen, oder es ist eine Verderbung oder Wegschaffung der Sachen zu besorgen. Hier sey es dem Gläubiger erlaubt, die hypothekarische Klage vor der Zeit zu dem Ende zu erheben, damit er den Besitz des Pfandes zu seiner Sicherheit erhalte. Die Worte: *quia interest mea*, wollten daher eben so viel sagen, als quando interest mea ex iusta causa, oder quia forsan adest casus, ubi interest mea. Allein das Gesetz sagt davon kein Wort, es steht vielmehr dieser Erklärung offenbar entgegen. Richtiger hat diese Gesetzstelle *Lud.* VITALIS Lection. variar. Lib. II. cap. 17. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 380.) erklärt. S. auch Gesterding Pfandrecht §. 42. S. 322.

eine Zeit bestimmt, binnen welcher die Schuld nicht gefordert werden soll, so ist, wie Marcian[88]) sagt, auch die Hypothek darunter mit begriffen. Da hier vor der Zeit nicht geklagt werden kann, so kann, wie die vorher angeführte Gesetzstelle lehrt, der Gläubiger vor der Hand von dem Besitzer der Hypothek zu seiner Sicherheit Cautionsleistung fordern, daß er, wenn die Bedingung zur Wirklichkeit gekommen, oder der Zahlungstermin eingetreten, und keine Bezahlung erfolgt ist, die Hypothek restituiren wolle[89]. Um den Schuldner in moram zu versetzen, muß derselbe in den Fällen, wo nicht gleich anfangs eine gewiße Zahlungszeit ausgemacht ist, gemahnt werden, ehe der Gläubiger das Pfand gerichtlich verfolgen kann. Dieß ist wohl unstreitig der Sinn der von Cujaz ganz mißverstandenen *L. 10 Cod. de pignorib.* wo die Kaiser Diocletian und Maximian an einen gewissen Alexander auf folgende Art rescribiren. Debitores praesentes prius denunciationibus conveniendi sunt. Igitur si conventi debito satis non fecerint, persequenti tibi pignora seu hypothecas, quas instrumento specialiter comprehensas esse dicis, competentibus actionibus Rector provinciae auctoritatis suae auxilium impartiri non dubitabit. Cujaz[90]) will nämlich dieses

88) *L. 5. §. 1. D. Quibus modis pignus vel hypoth. solvit.* Si paciscatur creditor, *ne intra annum pecuniam petat*, intelligitur *de hypotheca* quoque idem pactus esse.

89) *L. 41. D. de iudic* S. CUJACIUS in Librum XI. Quaestion. Papiniani ad h. L. (*Operum* Tom. I. pag. 280.)

90) Recitation. solemnes in Codicem Lib. VIII. ad h. L. 10. Cod. de pignorib.

Gesetz von dem Falle verstehen, da zwischen dem Pfandgläubiger und Schuldner ausgemacht worden, daß die Hypothek nicht veräussert werden solle, oder da ein Pfand schlechthin gegeben worden ist, ohne Etwas von der Veräusserung zu erwähnen, weil in dem letztern Falle der Vertrag, daß das Pfand nicht veräussert werden solle, als stillschweigend geschlossen angenommen werde[91]). Hier könne nun der Gläubiger nach der Vorschrift unsers Gesetzes das Pfand nicht eher veräussern, als nach einer vorhergegangenen dreymaligen Erinnerung des Schuldners, daß er das Pfand befreye und einlöse, wie auch in der *L. 4. D de pignerat. actione* vorgeschrieben werde. Der Ausdruck *persequi hypothecam* heiße also hier soviel, als persequi pignus usque ad extremum, ad distractionem usque ius pignoris exequi; und der Pluralis *denunciationibus* deute auf die hier erforderliche trina denunciatio hin, von welcher auch **Paulus** *Sententiar. Receptar.* Lib. II. Tit. 5. §. 1. lehre: Creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, *ter ante denuntiare debitori suo debet*, ut pignus luat, ne a se distrahatur. Allein der Ausdruck *persequi pignora* seu *hypothecas* heißt nie soviel, als das Pfand oder die Hypothek zum Verkaufe bringen, sondern sie mittelst der dazu geeigneten Realklage gerichtlich verfolgen; und von einem pacto expresso vel tacito de non distrahendo pignore ist vollends gar keine Rede; der Pluralis *denunciationibus* steht auch mit debitores in ganz richtigem Zusammenhange. Der Sinn des Gesetzes geht also vielmehr dahin, daß ein Pfand-

91) Er beruft sich hier auf *L. 3. D. Quae res pignori oblig. possunt.*

Pfandgläubiger, ehe er die hypothekarische Klage erhebt, erst den Schuldner mahnen solle, wenn dieser nämlich gegenwärtig ist[92]). Allein eine andere Frage ist, ob nicht der Schuldner zuerst mit der persönlichen Klage zu belangen sey, ehe die hypothekarische Klage erhoben werden könne? Einige[93]) bejahen diese Frage ohne Unterschied, ob der Schuldner oder ein Dritter die Hypothek besitzt. Allein aus der angeführten *L.* 10. *C. h. t.* läßt sich dieses nicht folgern. Denn es ist, wie **Bachov**[94]) ganz richtig unterscheidet, etwas ganz anders, den Schuldner blos an die Zahlung erinnern, um ihn dadurch in moram zu versetzen, und etwas ganz anders, den Schuldner mittelst Anstellung der actio personalis ausklagen. Nur das Erstere erfordert das Gesetz. Noch weniger beweißt die *L.* 1. *Cod. de execut. rei iudicatae.* Denn diese spricht von einem pignus iudiciale, welches freylich nicht eher denkbar ist, als nachdem der Schuldner zur Bezahlung verurtheilt worden, und auch das richterliche Urtheil in die Rechts-

92) Diesen Sinn bestärken auch die *Basilica* T. IV. pag. 44. wo es heißt: Πρότερον δεῖ τούς χρεώστας παραγγέλλεσθαι· εἶθη οὕτως ἀγνωμονοῦντας τὰ ἐνέχυρα ἀπαιτεῖσθαι καὶ τὰς ὑποθήκας αὐθεντίᾳ τοῦ ἄρχοντος. i. e. *Debitoribus prius denuntiandum est, ut pignus luant, quibus cessantibus, pignora et hypothecas auctoritate Praesidis persequi oportet.* Man sehe auch **Westphals** Pfandrecht §. 195. Not. 217.

93) *Io. Ge.* WEISHAUPT Diss. qua ostenditur, debitorem prius actione personali conveniendum esse, quam actioni hypothecariae locus esse possit. *Ingolstadii* 1750.

94) Tr. de pignoribus Lib. III. Cap. 17. nr. 1. pag. 223.

Rechtskraft übergegangen ist[95]). Dahingegen soll es nach den Verordnungen der Kaiser Diocletian und Maximian selbst in dem Falle, da der Schuldner die Hypothek verkauft hat, von der freien Wahl und Willkühr des Pfandgläubigers abhängen, ob er zuerst den Schuldner und dessen Erben mit der actio personalis, oder den fremden Besitzer der Hypothek mit der actio in rem, oder auch beyde zugleich in Anspruch nehmen wolle. Es sind hier folgende Gesetze merkwürdig.

L. 14. Cod. de pignor. et hypoth. Distractis a debitore pignoribus, creditores potestatem habere, *utrumne personali obligatos sibi, an pignora possidentes in rem actione convenire velint*, non est incerti iuris.

L. 24. Cod. eodem. Persecutione pignoris omissa, *debitores actione personali convenire, creditor urgeri non potest.*

L. ult. C. de obligat. et actionib. Est in arbitrio vestro, *personali debitoris heredes actione*, an eum, qui ab his distracta sibique tradita pignora tenet, *in rem Serviana*, si non longi temporis praescriptione munitus sit, *an utrosque conveniatis*[96]).

So war es also vor Justinian, und dieß war unbestrittenes gemeines Recht[97]). Nun hat zwar Justinian in

95) S. oben §. 1080. S. 269. ff.

96) Von dieser Cumulation siehe BACHOV Lib. III. Cap. 18. nr. 1. und Westphals Pfandrecht §. 274. Not. 304.

97) Nur in Ansehung der Forderungen des Fiscus aus Contracten hatte jedoch schon vor Justinian das besondere Recht Statt, daß erst der Hauptschuldner ausgeklagt werden mußte, ehe

in der Novelle 4. Kap. 2. verordnet, daß der Gläubiger zuerst den Schuldner und dessen Bürgen belangen solle, ehe er gegen den fremden Besitzer der Hypothek Klage erhebt;

ehe der fremde Besitzer der Hypothek in Anspruch genommen werden konnte, wie aus *L.* 47. *D. de iure fisci* erhellet. Paulus führt hier folgenden Fall an. Moschis quaedam, fisci debitrix ex conductione vectigalis, heredes habuerat, a quibus post aditam hereditatem Faria Senilla, et alii praedia emerant: cum convenirentur propter Moschidis reliqua, et dicebant heredes Moschidis idoneos esse, et multos alios ex iisdem bonis emisse: aequum putavit Imperator, *prius heredes conveniri debere:* in reliquum, possessorem omnem: et ita pronunciavit. *Ant.* FABER de errorib. Pragmaticor. Dec. V. Err. 9. will daraus den Schluß ziehen, daß alle stillschweigende Hypotheken sich hierin ehemals von den ausdrücklichen unterschieden hätten. Allein schon *Reinh.* BACHOV Tr. de pignorib. Lib. III. Cap. XVII. nr. 1. setzte ihm entgegen: nimis puerile argumentum esse, Fiscus, habens tacitam hypothecam, prius debet agere contra debitores suos; ergo omnes, qui tacitas hypothecas habent, id facere tenentur. Daß es überdem nicht einmal bey allen Forderungen des Fiskus so war, lehrt *L.* 5. §. 3. *D. de Censib.* Denn hatte der Fiskus Steuern und Abgaben zu fordern, so konnte er sich zunächst an die Hypothek halten, ohne daß der Besitzer derselben einwenden können, der Schuldner selbst sey vermögend Zahlung zu leisten. Hier blieb es also bey der allgemeinen Regel der *L.* 24. *C. de pignor.* welche vor Justinian galt. Es muß also doch wohl in jenem Falle nur ein besonders Recht des Fiskus gewesen seyn, welches zum Nachtheil desselben gegen die Regel, blos der Billigkeit wegen, durch die Güte des Kaisers Severus war eingeführt worden, wie dieses bey guten Kaisern öfters der Fall war. Daher PLINIUS in *Paneg.* c. 36 sagt: *Sub bono Principe malam plerumque fisci causam esse.* Paulus giebt dieß auch nicht

hebt; (von der dadurch eingeführten Rechtswohlthat der Excussion wird unten §. 1084. gehandelt werden) besitzt hingegen der Schuldner selbst das Pfand, so ist dem Gläubiger noch jetzt die Wahl gelassen, und er kann, auch ohne die persönliche Klage vorher angestellt zu haben, sogleich die hypothekarische Klage gegen den Schuldner erheben, wie **Justinian** in der angeführten Novelle selbst sagt: In debitorem tamen principalem, atque res apud ipsam existentes, *sive personalibus, sive hypothecariis, sive ambabus actionibus statim uti voluerit*, omnem licentiam ei damus.

IV. Die hypothekarische Klage geht, in Rücksicht des Gesuchs, eigentlich darauf, zu erkennen, daß dem Kläger an der in Anspruch genommenen Sache ein Pfandrecht zustehe, und diesem gemäß, der Beklagte verurtheilt werde, dem Kläger das Pfand mit allen Zubehörungen herauszugeben, um sich wegen seiner daran habenden Forderung daraus befriedigen zu können [98]). Auf die Bezahlung

nicht undeutlich zu verstehen in den Worten: *aequum putasse Imperatorem.* Kaiser Gordian hat dieses nachher nochmals bestätiget *L. 1. Cod. X. 2. de conveniend. fisci debitor.* Für ein ius prorsus singulare fisci erklären dieß auch BALDUINUS in Iustiniano ad Nov. IV. und NOODT Comm. ad Pand. h. t. §. Tertius. pag. 441. Dieses besondere Recht des Fiskus verwandelte nachher Justinian *Nov. 4. cap. 2.* in ein gemeines Recht.

98) Papinian sagt *L. 66. pr. D. de eviction.* Serviana actio etsi in rem est, nudam tamen possessionem avocat. Daß die hypothekarische Klage auf Zuerkennung der Hypothek geht, lehrt auch Marcian *L. 16. §. 5. D. de pignorib.* und *L. 12. pr. D. Qui potiores in pignore.* S. HOFA-

lung der Schuld selbst geht eigentlich die Pfandrechtsklage nicht, allein der Beklagte kann sie leisten, und sich dadurch so gut von der Klage befreien, als wenn er die Sache selbst restituirt. Daher sagt **Marcian** *L.* 16 §. 3. *h. t.* Si pignus possideat is, cum quo actum est, *et aut pecuniam solvat, aut rem restituat*, — absolvendus est. Ja selbst dann, wenn der Besitzer, er sey, welcher er wolle, der Schuldner oder ein zweyter Pfandgläubiger, oder ein dritter Besitzer, die Zahlung auch nur anbot, und es blos an dem Gläubiger lag, sie anzunehmen, muß er von der Klage entbunden werden, sobald er das Geld deponirt, weil dieses rechtlich für eine Bezahlung gehalten wird, wodurch das Pfandrecht erlöscht, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 12. §. 1. *D. Quibus modis pignus vel hypoth. solvitur.* PAULUS *Lib. V. Responsorum.* Qui pignoris iure rem persequuntur, a vindicatione rei eos removeri solere, *si qualiscunque possessor offere vellet:* neque enim debet quaeri de iure possessoris, cum ius petitoris removeatur, soluto pignore.

L. 19. *Cod. de Usuris. Imp.* PHILIPPUS *A. Hyreniae.* Acceptam mutuo sortem cum usuris licitis creditoribus post contestationem offeras: at si non suscipiant, consignatam in publico depone, ut cursus legitimarum usurarum inhibeatur. — Quo subsecuto, — et ius pignorum tolletur: *cum Serviana*

S. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1234. Schmidt pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 490. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. Th. §. 1899. Gesterding Pfandrecht §. 43.

viana etiam actio manifeste declaret, pignoris inhiberi persecutionem, vel solutis pecuniis, vel si per creditorem steterit, quominus solvantur.

So verpflichtet also die hypothekarische Klage den Beklagten nur bedingt zur Herausgabe der verpfändeten Sache, wenn er nicht die auf der Hypothek haftende Schuld bezahlen will[99]). Es entsteht daher die Frage, ob nicht deswegen das Gesuch dieser Klage alternativ zu fassen sey? Mehrere Rechtsgelehrten[100]) tragen kein Bedenken dieselbe zu bejahen, und glauben, daß diese Meinung nicht nur durch die Geschichte der Praxis, von der ersten Einführung der Pfandrechtsklage an, durch alle Zeitalter hindurch, bis auf die neuesten Zeiten bestätiget werde, sondern daß sie auch auf den bündigsten theoretischen Gründen beruhe. Schon **Cicero**[1]) schrieb an den Proprätor **Thermus**: *Velim cures, ut aut de hypothecis decedat Philotes, easque procuratoribus Cludii tradat, aut pecuniam solvat.* Eben dieses bezeuge **Marcian** von dem Gerichtsbrauche seines Zeitalters in seinem libro singulari ad formulam hypothecariam, woraus die schon oben angeführte *L.* 16. §. 3. *D. h. t.* entnommen ist. Noch deutlicher aber ergebe sich der Gebrauch des alternativen Libells bey der hypothe-

99) S. Westphal's Pfandrecht. §. 266.

100) *Simon. Henr.* MUSAEUS Diss. de libello alternativo in actione hypothecaria admittendo. *Kilonii* 1701. und *Io. Guil.* MARCKART Interpretationum receptar. iuris civ. Lectionum Lib. II. Cap. 22. (*Trajecti ad Rhen.* 1747. 8.) pag. 309 — 315.

1) *Ad Familiares* Lib. XIII. Ep. 56.

thekarischen Klage aus dem Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian *L. 2. Cod. Si unus ex pluribus heredibus creditoris*, worin es ganz bestimmt heißt: Cum pignoris vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur: qui possident, tenentes non pro modo singularum rerum substantiae conveniuntur, sed in solidum: *ut vel totum debitum reddant, vel eo, quod detinent, cedant.* Zwar sey hier nur von den Erben des Schuldners die Rede, welche in desselben Verbindlichkeiten eintreten, und dessen Person vorstellen; allein es sey zu erwägen, daß sie hier nicht als Erben, sondern als Besitzer des Pfandes belangt würden, mithin sey zwischen ihnen und jedem andern Besitzer kein Unterschied. Der Gerichtsgebrauch des zwölften und dreyzehnten Jahrhunderts aus dem Zeitalter der Glossatoren stimme ferner ganz damit überein. Denn so führe der Pabst Innocenz III. in dem *Cap. 5. X. de pignoribus* einen Fall an, wo eine Frau gegen den dritten Besitzer der ihr wegen ihres Heyrathsguts stillschweigend verpfändeten Güter ihres Ehemanns auf die Restitution des Werths ihres Heyrathsguts, oder Einräumung der Hypothek-klagte; und der Pabst instruire, ganz diesem Gesuche gemäß, das richterliche Amt des Bischofs von Aquino, an welchen er deshalb rescribirte, auf folgende Art: cum bona viri mulieri sint pro dote tacite obligata, et cum suo onere transierint ad quemlibet possidentem, R. praedictum eidem mulieri *ad restitutionem dotis* eatenus condemnes, quatenus de bonis fratris sui praefati noscitur possidere. Und Bartolus ad *L. 2. Cod. Si unus ex pluribus heredib.* und ad *L. 41. D.*

de

de pignerat. act. nr. 12. gebe zwey Formulare eines hypothekarischen Klageschreibens aus der Praxis seiner Zeiten an, in welchen das Gesuch theils virtualiter, theils formaliter alternativ eingerichtet ist. In dem ersten lautet es so: *Peto dictum possessorem cogi ad tradendam possessionem dictae rei, detinendam in causam pignoris pro quantitate dicta, donec mihi fuerit satisfactum.* Das andere aber ist so gefaßt: *Peto eum mihi condemnari, ut dictam possessionem restituat, vel totum debitum solvat.* Diese Alternative des hypothekarischen Klagegesuchs bestätigten endlich auch die neuern Praktiker, als **Carpzov** [2]), **Brunnemann** [3]), **Svendendörffer** [4]), **Schacher** [5]), **Mynsinger** [6]) u. a. m. Die Gründe, welche man aus der Theorie zur Unterstützung dieser Praxis schöpft, sind folgende. Erstens eine Hypothek sey ohne das Daseyn einer Schuld nicht denkbar; sie setze also wesentlich eine persönliche Verbindlichkeit voraus, zu deren Sicherheit sie diene. Schuld und Hypothek verhielten sich daher zu einander, wie das principale zum accessorium, und beyde stånden in einer so unzertrennlichen Verbindung, daß wenn jene getilgt ist, auch diese von selbst erlösche. Daher könne die Herausgabe des Pfan-

2) Iurisprud. for. P. I. Const. 2. Def. 9. und Responsor. Lib. II. Resp. 53. nr. 35.

3) Process. civ. Cap. VIII. nr. 11.

4) Summar. action. forens. Expositio. Cap. II. Membr. 17. Sect. 2.

5) Colleg. pract. Lib. II. Tit. 13. pag. 69. in fin.

6) Observat. Lib. I. Obs. 58. auch GAILL Observat. pract. Lib. I. Obs. 62. nr. 7.

Pfandes mittelst der hypothekarischen Klage anders nicht verlangt werden, als wenn die Bezahlung der Schuld nicht erfolgt. **Marcian** bestätige dieses ausdrücklich, wenn er *L.* 13. §. 4. *D. h. t.* sagt: Etiam si creditor iudicatum debitorem fecerit, hypotheca manet obligata, quia suas conditiones habet hypothecaria actio; id est, *si soluta est pecunia,* aut satisfactum est, *quibus cessantibus tenet.* Warum sollte nun nicht das, was Bedingung der hypothekarischen Klage ist, dem Gesuche derselben angehängt werden können? Zweytens sey keinem Zweifel unterworfen, daß die Hypothek cum suo onere auf jeden Besitzer übergehe. Dieses onus hypothecae bestehe aber nicht blos darin, daß der Besitz derselben dem Gläubiger eingeräumt werde, sondern auch daß die Schuld bezahlt werde, zu deren Sicherheit die Hypothek bestellt worden ist. Denn vor der Bezahlung derselben wird das Pfand nicht befreiet. Wer also die einem Andern verpfändete Sache an sich bringt, er mag es wissen oder nicht, erhält sie mit der darauf haftenden Last, und wird von der Restitution derselben anders nicht frey, als wenn er die Schuld bezahlt. Allein, dieser Gründe ungeachtet, halten dennoch andere 7) die verneinende Meinung sowohl den Gesetzen, als der Natur der Klage, und der Praxis gemäßer. Es ist hier vor allen Dingen zu erinnern, daß es

7) *Io. Flor.* RIVINUS Disp. de libello in actione hypothecaria rite formando. *Lipsiae* 1706. rec. *Ienae* 1740. *Io. Wolfg.* TRIER Progr. de formula actionis hypothecariae. *Erfordiae* 1738. Adolph Diet. Weber Versuche über das Civilrecht. Nr. II. 3. §. 24. Not. 49. S. 204. f. und *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. II. Obs. 450.

es bey der aufgeworfenen Frage nicht darauf ankommt, ob und in wiefern ein alternatives Gesuch bey der hypothekarischen Klage aus Gründen der richterlichen Billigkeit tolerirt werden könne, sondern die Frage ist, ob das Gesuch bey der hypothekarischen Klage ihrer Natur nach alternativisch einzurichten sey? **Roffredus Beneventanus**, welcher im 13. Jahrhundert lebte, verneinte dieses zuerst in seinem Buche, dem er den Titel *Arbor actionum* gab, und von welchem seine Zeitgenossen, wie **Guido Panzirolus** [8]) bemerkt, das Urtheil fällten, licet non pauca erronea contineat, ob praxin tamen nullus eo utilior liber in iure nostro unquam editus fuisse creditur. Dieser **Roffred** behauptete [9]), daß bey der hypothekarischen Klage der Libell nur auf folgende Art, der Natur der Klage gemäß, gefaßt werde: *Vobis conqueror, reum detinere rem mihi obligatam a Titio debitore meo pro* 10. *libris, quas ipsi mutuavi: inde peto, rem illam mihi restitui.* Ihm pflichteten **Odofredus** [10]), **Wilhelm Durandus** [11]), der *Speculator* genannt, und **Baldus** [12]) bey, welcher letztere jedoch das Gesuch noch bestimmter auf folgende Art ausdrückte: *Quare peto possessorem dictae domus mihi hypothecatae vestra sentenia condemnari, ad assignandam vel tradendam mihi possessionem dictae domus.* **Rein-**

hard

8) De claris Legum interpretibus. Lib. II. c. 28. p. 145. sq.

9) Arb. action. P. I. de actione Quasi Serviana.

10) De libellis formandis. Cap. 6. et 7.

11) Speculum iuris Lib. IV. P. 3. de locato. n. 25.

12) Ad Tit. Institut. de Actionibus §. *Item Serviana.*

hard **Bachov**[13]) unternahm hierauf zuerst diese Meinung aus theoretischen Gründen zu vertheidigen. Sein Hauptgrund ist der, die hypothekarische Klage ist eine reine Realklage, welche, wie die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** L. 2. C. *Si unus ex pluribus heredibus* rescribiren, nicht die Person verpflichtet, sondern blos die Sache verfolgt. Sie kann daher, ihrer Natur nach, nicht auf die Bezahlung der Schuld gehen; weil dieser eine persönliche Verbindlichkeit zum Grunde liegt, sondern nur auf Herausgabe der Sache gerichtet werden. Daß sich der Beklagte durch Bezahlung der Schuld von der Klage befreyen kann, ist etwas Zufälliges, welches nicht sowohl in einer Verbindlichkeit desselben, worauf die Klage zu richten sey, sondern vielmehr darin seinen Grund hat, weil durch Bezahlung der Schuld das Pfandrecht erlischt. Dieser einfache Beweis leuchtete nun dergestalt ein, daß nicht nur die Rechtsgelehrten seines Zeitalters, **Goswin von Esbach**[14]), **Heinrich Hahn**[15]), **Q. Septimius Florens Rivinus**[16]), **Lauterbach**[17]) u. a. m. diese Meinung als in der Theorie mehr begründet annahmen; sondern sie ward auch mit solcher Strenge in die Gerichte eingeführt, daß man besonders in den sächsischen Gerichten nun

13) Notae et Animadvers. ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. IV. Th. XI. lit. B. und Tr. de pignoribus. Lib. III. Cap. 12. nr. 8.

14) Ad *Carpzovium* P. I. Const. 2. Def. 9.

15) Ad *Wesenbecium* Tit. de Edendo. n. 4.

16) Specim. Exception. Forens. Cap. 25. nr. 4. sqq.

17) Colleg. th. pr. Pand. Lib. II. Tit. 13. §. 21. et Lib. XX. Tit. 1. §. 76.

nun ein solches Klageschreiben ohne Weiters als unschicklich verwarf, in welchem das Gesuch alternativisch zugleich auf die Bezahlung der Schuld war gerichtet worden, wie **Johann Heinrich von Berger** [18]) aus mehreren Erkenntnissen der sächsischen Dikasterien und Spruchcollegien gezeigt hat. Daher giebt **Johann Balthasar v. Wernher** [19]) den Advocaten den Rath, sie sollen ja dahin sehen, daß sie das Gesuch der hypothekarischen Klage gegen den dritten Besitzer auf folgende Art einrichten: d a ß B e k l a g t e r d i e l i b e l l i r t e H y p o t h e k K l ä g e r n s o l a n g e, b i s e r s e i n e r S c h u l d f o r d e r u n g h a l b e r v e r g n ü g e t, a b z u t r e t e n u n d e i n z u r ä u m e n s c h u l d i g. Wird freylich gegen den S c h u l d n e r selbst geklagt, welcher das Pfand noch in Händen hat, so läßt sich ein alternatives Gesuch auf Bezahlung der Schuld, oder Abtretung des Pfandes vollkommen rechtfertigen. Denn dieses entsteht hier aus der Cumulation der persönlichen Klage mit der dinglichen [20]). Allein gerade diese Cumulation beweißt auch, daß jenes alternative Gesuch der hypothekarischen Klage nicht eigen sey. Denn wozu wäre sonst eine solche Verbindung nöthig? **Justinian** sagt es auch

18) Supplement. ad Electa Disceptation. forens. ad Tit. 5. pap. 1778. S. auch RIVINUS cit. Diss. §. 17. et 18. und *Iust. Henn.* BOEHMER Doctr. de actionibus Sect. II. Cap. III. §. 100.

19) Selectar. Observation. forens. Tom. I. P. I. Obs. 236.

20) *God. Lud.* MENCKEN Introd. in doctr. de actionib. forens. Sect. I. Cap. II. Membr. IX. §. 6. *Io. Henr. Chr.* ERXLEBEN Principia de iure pignorum et hypothecar. §. 312. Weber Versuche S. 204. Not. 49. und HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1233.

auch selbst deutlich genug in der *Nov.* 4. *cap.* 2. In debitorem tamen principalem, atque res apud ipsum existentes, *sive personalibus*, *sive hypothecariis*, *sive* AMBABUS ACTIONIBUS *statim uti voluerit*, omnem licentiam ei damus. Wie könnte aber eine solche Verbindung beyder Klagen gegen den dritten Besitzer der Hypothek Statt finden, welchen die persönliche Schuld nicht angeht [21])? Es giebt sogar Fälle, wo nicht einmal gegen den Schuldner selbst, oder dessen Erben die persönliche Klage mit der hypothekarischen cumulirt werden kann. Wie wenn die persönliche Klage gegen den Schuldner verjährt wäre? deswegen kann doch noch die hypothekarische Klage fortdauern [22]), weil diese erst in vierzig Jahren verjährt wird, ob gleich die Hauptverbindlichkeit nach Ablauf von 30. Jahren nicht mehr klagbar ist, genug daß sie an sich nicht aufgehoben ist [23]). Man setze ferner, der Schuldner sey gestorben, und habe mehrere Erben hinterlassen, von denen einer die mir verpfändete Sache besitzt. Wie kann hier die persönliche Klage mit der hypothekarischen verbunden werden, da der Erbe, als Erbe, für die Schuld bloß nach dem Verhältniß seines Erb-

21) §. 1. *I. de Actionib. L.* 2. *VII.* 36. *Cod. Si adversus creditorem praescriptio opponat.* Gesterding Pfandrecht §. 43. S. 327.

22) *L.* 2. *Cod. de luit. pignor.* S. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. II. cap. 12. nr. 19. et 20. und Weber syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 104.

23) *L.* 7. §. 1. *Cod. de praescript.* 30. *vel* 40. *annor.* S. Weber's angef. Entwickelung §. 110. und 111. und RIVINUS cit. Diss. §. 6.

Erbtheils, aber als Pfandbesitzer in solidum haftet [24])? So gewiß es nun aber auch ist, daß die hypothekarische Klage, ihrer Natur nach, kein anderes Gesuch zuläßt, als dieses, daß dem Kläger an der in Anspruch genommenen Sache ein Pfandrecht zustehe, und daher Beklagter dieselbe dem Kläger zu seiner Befriedigung abzutreten schuldig sey; so wird dennoch nach dem heutigen Gerichtsgebrauche ein libell wegen des alternativ gefaßten Gesuchs auch selbst in dem Falle nicht leicht als inept verworfen, da gegen den dritten Besitzer der Hypothek geklagt wird [25]). Es wird zwar der Beklagte, wie es der Natur der hypothekarischen Klage gemäß ist, zur Herausgabe des Pfandes condemnirt; jedoch wird ihm freygelassen, ob er die darauf haftende Schuld bezahlen wolle [26]). Man rechtfertiget dann das alternative Klagegesuch aus den oben angeführten Gründen; gegen die sich aber freylich noch immer einwenden läßt, daß von dem, was der Beklagte thun kann, kein Schluß auf eine Verbindlichkeit desselben gilt [27]); und daß **Marcian** gerade darin den Unterschied zwischen der persönlichen Schuldklage und der hypothekarischen setzt, daß nur jene eine Verurtheilung zur Bezahlung nach sich zieht, wenn er *L.* 16. §. 3. *D. h. t.* sagt: Nam si tanti condemnatus

24) RIVINUS cit. Diss. §. 5.

25) RIVINUS cit. Diss. §. 10. et 11. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. III. §. 100. not. d. LEYSER Meditat ad Pand. Vol. IV. Spec. CCXXIV. medit. 2. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 723.

26) MENCKEN Introd. in doctr. de actionib. for. pag. 119. §. 5. et ad Eundem MADIHN not. 318.

27) RIVINUS cit. Diss. §. 24 — 27.

tus esset, *quantum deberetur*, quid proderat *in rem actio*, cum et *in personam agendo* idem consequeretur? Noch weniger Bedenken findet dann auch die heutige Praxis in dem Falle, wenn gar der Besitzer die auf der Hypothek haftende Schuld beym Kaufe der Sache ausdrücklich übernommen hätte; da durch die Anerkennung der Schuld ein eigenes Factum des Besitzers hinzukommt, welches eine Verbindlichkeit hervorbringt, und ihn zum Schuldner macht [28]).

Hat einer von mehreren Erben des Schuldners, welcher die verpfändete Sache inne hatte, oder einer von mehreren Pfandbesitzern, wegen der Untheilbarkeit des Pfandrechts, dem Gläubiger die ganze Schuld bezahlt; so kann er dafür von dem Gläubiger die Cession seiner Forderung verlangen, um von den übrigen seine Entschädigung pro rata zu erhalten [29]). Zwar wollen einige Rechtsgelehrten [30]) einen Unterschied machen, ob der in An-

28) RIVINUS cit. Diss. §. 9. ERXLEBEN de iure pignor. §. 314. not. c.

29) *L. 5. pr. D. de Censibus.* PAPINIANUS *libro XIX. Responsorum.* Cum possessor unus expediendi negotii causa tributorum iure conveniretur, adversus caeteros, quorum aeque praedia tenentur, *ei, qui conventus est, actiones a Fisco praestantur:* scilicet *ut omnes pro modo praediorum pecuniam tributi conferant*: nec inutiliter actiones praestantur, tametsi Fiscus pecuniam suam reciperaverit, *quia nominum venditorum pretium acceptum videtur.*

30) *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XI. Obs. 35. in fin. und im Commeutar. in Lib. XI. Responsor. Papiniani ad L. 1. §. 2. D. h. t. (*Operum* Tom. I. pag. 482.) *Ant.* FABER

Anspruch genommene Besitzer der Hypothek ein gerechter oder ungerechter Besitzer ist, und nur in dem ersten Falle den Gläubiger zur Abtretung seiner Rechte für verpflichtet halten. Ihr Grund ist, weil **Scävola** *L.* 19. *D. Qui potiores in pignore* sagt: Quaero, an, *si ei iustus possessor offerat*, compellendus sit, ius nominis cedere? Respondi, posse videri non iniustum postulare. Allein daß es auf die Qualität des Besitzers gar nicht ankommt, lehrt **Paulus** ganz bestimmt, *L.* 12. §. 1. *D. Quibus modis pignus vel hypoth. solvitur*, wo er den Grund anführt: Neque enim debet quaeri *de iure possessoris, cum ius petitoris removeatur, soluto pignore.* Dieser Grund ist ganz generell, und hebt den Einwurf, denn man dagegen macht, daß zwar qualiscunque pignoris possessor durch Bezahlung der Pfandschuld den Gläubiger von sich entfernen, aber nicht jeder Besitzer, wenn er nicht ein iustus possessor sey, den Gläubiger zur Abtretung seiner Rechte nöthigen könne. Hierzu kommt noch, daß nach **Papinian's**[31]) Meinung die Bezahlung der Schuld gleichsam als ein Kauf der Forderung des Gläubigers angesehen wird[32]).

Noch entsteht die Frage, in wiefern die hypothekarische Klage auf die Restitution der Früchte gehe? Hier ist

FABER Cod. Definition. forens. Lib. VIII. Tit. 10. Def. 3. *Io. a* SANDE de Cessione actionum. Cap. VI. nr. 63. et 64. BACHOVIUS Tr. de pignorib. Lib. III. Cap. 14. nr. 4. und Gesterding Pfandrecht §. 45. S. 354.

31) *L.* 5. *cit. D. de censibus.*

32) Man vergleiche hier vorzüglich VOET Commentar. ad Pand. Lib. XX. Tit. 4. §. 5. et 6.

ist 1) soviel gewiß, daß die seit dem Anfange des Prozesses gezogenen Früchte dem Gläubiger mit der verpfändeten Hauptsache herausgegeben werden müssen [33]). Soviel hingegen 2) die vorher gewonnenen Früchte anbelangt, so ist ein Unterschied zu machen, ob sie noch vorhanden, oder consumirt sind. In dem letztern Falle da die Früchte aufgezehrt sind, es sey von dem Schuldner selbst, oder von dem dritten Besitzer geschehen, hat der Gläubiger daran keine Ansprüche mehr. In dem ersten Falle hingegen ist wieder darauf Rücksicht zu nehmen, ob schon die Hauptsache zur Befriedigung des Klägers hinreicht, oder nicht. In dem letztern Falle kann der Richter dem Gläubiger auch sogar die Früchte zuerkennen, welche vor Anstellung der Klage gewonnen worden sind. So unterscheidet Marcian *L.* 16. §. 4. *D. h. t.* wo es heißt: Interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex: *ut ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet.* Quid enim, si minoris sit praedium, quam debetur? Nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronunciare, *nisi exstent, et res non sufficit* [34]). Allein sollte nicht in Ansehung der vor erhobener Pfandklage gezogenen Früchte noch ein Unterschied zu machen seyn, ob gegen den Schuldner selbst

33) Hiervon giebt die *L.* 2. *D. de Usuris et fructib.* den allgemeinen Grund an: *quoniam quale est, cum petitur, tale dari debet*, ac propterea fructus post litem contestatam captos, partumque editum restitui oportet.

34) Man sehe auch *Ulr.* HUBER Praelect iuris civ. ad Pand. h. t. § 18. BACHOVIUS Tr. de pignorib. Lib. II. Cap. 11. nr. 3. sqq. und Lib III. Cap. 13. nr. 4. sqq. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandectar. h. t. §. 32. et 77.

selbst, oder gegen den dritten Besitzer der Hypothek geklagt wird? und sollte es bey dem letztern nicht noch darauf ankommen, ob er in bona oder in mala fide ist, das heißt hier, ob er bey der Erwerbung der Sache nicht wußte, daß sie einem Andern verpfändet sey, oder von dieser Eigenschaft der Sache unterrichtet war? So ist es wirklich, wenn man eine Stelle des **Papinian**, nämlich die *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* vergleicht, welche aus desselben *Lib. XI. Responsorum* genommen ist. Hier heißt es: Cum praedium pignori daretur, nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit. *Eos consumtos bona fide emtor utili Serviana restituere non cogetur:* pignoris etenim causam nec usucapione perimi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur. *Quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt.* Es ist hier von einem dritten Besitzer die Rede, welcher das mit einer Hypothek beschwerte Grundstück bona fide gekauft hatte. Die griechischen Scholiasten [35]) nehmen hier einen

35) *Scholia Basilicor.* Tom. IV. pag. 47. Ἀλλότριον γὰρ ἀγρὸν ὑπέθετο ὁ χρεώστις τῷ δανειστῇ, ὃν ὁ χρεώστις ἄλλῳ ἐπώλησεν. i. e. *Alienum enim fundum creditori debitor obligaverat, quem debitor alii vendidit.* Ihnen folgt auch JENSIUS Strictur. ad Romani iuris Pandectas et Codicem (*Lugd. Batav.* 1764.) pag. 139. BACHOVIUS Tr. de pignorib. Lib. III. Cap. 16. nr. 2. bemerkt zwar, es könnte dagegen eingewendet werden, quod in aliena re pignus non consistat. Allein er begegnet diesem Einwurfe selbst auf folgende Art: Perinde videri, ubi possessor, *qui a debitore causam habet*, dominus factus est, ac si ipsi debitori dominium supervenisset, et ipsemet usucapionem implesset: et ut ipse usucapere maxime non potuerit,

einen solchen Fall an, wo der Schuldner seinem Gläubiger ein fremdes Grundstück verpfändet, und solches nachher wieder einem Andern verkauft hat. Man kann aber auch annehmen, der Schuldner sey Eigenthümer gewesen, und das Grundstück habe ein Dritter von einem Nichteigenthümer bona fide gekauft. Genug der Käufer hatte dasselbe usucapirt. Daß durch diese Usucapion das Pfandrecht des Gläubigers nicht aufgehoben werde, war keinem Zweifel unterworfen. Denn der bonae fidei emtor erwarb das Eigenthum der Sache durch die Usucapion anders nicht, als mit der darauf haftenden Last. **Papinian** belehrt uns hierüber an einem andern Orte, nämlich *L. 44. §. 5. D. de Usurpat. et Usucap.* noch vollständiger, wenn er daselbst sagt: Non mutat Usucapio superveniens pro emtore, vel pro herede, quominus pignoris persecutio salva sit. Ut enim ususfructus usucapi non potest: ita *persecutio pignoris, quae nulla societate dominii conjungitur, sed sola conventione constituitur* 36), *usucapione rei non perimitur.*

Da-

rit, forte quia non habuit bonam fidem, tamen illud hic sufficere debet, quod praebuit debitor possessori causam usucapiendi: atque ita quoad effectum hunc, ut postea confirmetur pignus, prodest creditori, quod reus fuit bonae fidei possessor. Man sehe auch *Christ. Gottl.* GMELIN Commentat. de iure pignoris vel hypoth. quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. §. 42. pag. 145.

36) Es gilt jedoch dieses nicht blos vom Conventionalpfandrecht, sondern von jedem Andern, auch von dem pignus praetorium. Daß auch dieses nicht durch Usucapion der Sache aufgehoben werde, lehren *L. 12. XLI. 4. D. Pro emtore. L. 2. pr. D. pro herede.*

Daher rescribirte auch Kaiser **Gordian** *L. 7. Cod. h. t.* Usucapio pignoris conventionem non extinguit. Nur in Ansehung der Früchte entstand hier Zweifel. Denn es war ausdrücklich verabredet worden, daß sie mit verpfändet seyn sollten. Nun waren hier zwey Fälle denkbar. Die Früchte sind entweder bey dem Beklagten noch in Natur vorhanden, oder sie sind consumirt. Nur den letztern Fall entscheidet hier **Papinian**, und zwar so, daß diese der bonae fidei emtor zu restituiren nicht verbunden sey. Denn selbst der Eigenthümer würde an denselben keinen Anspruch machen können, weil der bonae fidei emtor an diesen Früchten, welche dem Schuldner nie gehörten, durch die Consumtion ein vollkommenes und unwiderrufliches Eigenthum erworben hat [37]). Wie aber, wenn diese Früchte noch in Natur vorhanden sind? Wäre keine besondere Verpfändung der Früchte geschehen, so würden sie dem Pfandrecht des Gläubigers nicht unterworfen seyn. Zwar meint **Westphal** [38]), es komme bey der Verpfändung eines Grundstücks nicht darauf an, ob dabey der Früchte ausdrücklich Erwähnung geschehen sey, oder nicht, weil dem Gläubiger ein Pfandrecht an den Früchten der verpfändeten Sache schon von Rechtswegen zustehe, auch wenn sie nicht ausdrücklich mit verpfändet sind. Kaiser **Alexander** sage dieses ganz bestimmt in der *L. 3. Cod. VIII. 15. In quibus causis pignus vel hypoth. tacite contrah.* Quamvis fructus pignori datorum praediorum, *etsi id aperte non sit expressum*, et ipsi

37) *L. 40. in fin. D. de acquir. rer. dom. L. 4. §. 19. D. de Usurpat. et Usucap. §. 35. Instit. de Rerum divis.*

38) Pfandrecht §. 17. Not. 33.

ipsi pignori credantur *tacita pactione* inesse: praedia tamen, quae emuntur ex fructuum pretio, ad eandem causam venire, nulli Prudentium placuit. Allein **Cujaz**[39]), dem auch **Anton Schulting**[40]) beystimmt, belehrt uns hier eines Bessern, wenn er sagt: Non sunt fructus omnes fundi tacite pignerati, si conventio non intervenerit, sed ii tantum, qui percipiuntur a debitore, vel herede eius, quia perceptione facti sunt in bonis debitoris. At qui percepti sunt ab alio, veluti a bonae fidei emtore, cui debitor, vel alius fundum creditori obligatum distraxit, non sunt pignori, nisi ex conventione expressa. Sollen also die Früchte des verpfändeten Grundstücks dem Pfandrecht des Gläubigers schon von Rechtswegen unterworfen seyn, so muß sie der Schuldner oder desselben Erbe percipirt haben, so daß sie in dessen Eigenthum übergegangen sind. Ist aber die Sache von dem Schuldner an den dritten Besitzer veräußert worden, und dieser hat die Früchte gezogen, so kann der Gläubiger darauf keinen Anspruch machen, wenn sie ihm nicht ausdrücklich verpfändet worden sind[41]). Wie nothwendig in diesem Falle eine ausdrückliche Verpfändung der Früchte sey, erhellet noch deutlicher daraus, was **Paulus** sagt:

L. 29.

39) Commentar. in Libr. XI. Responsor. Papiniani ad L. 1. §. 2. D. de pignorib. (*Operum* a FABROTO editorum Tom. I. sive *Papinianus*. pag. 480.)

40) Iurisprud. Antejustin. ad *Pauli* Sent. Recept. Lib. II. Tit. 5. §. 2. not. 8. pag. 273.

41) So lehrt auch Schweppe im römischen Privatrecht. 1. Bd. §. 306. und §. 311. Man sehe noch Gesterding Pfandrecht §. 43. S. 323. ff.

L. 29. §. 1. *D. de pignor.* Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, *quae ex his nata sunt,* eodem iure habenda sunt. *Quod tamen diximus, etiam agnata teneri, sive specialiter de his convenerit, sive non, ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit, vel heredem eius: caeterum si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata;* besonders wenn man damit noch die Stelle des **Paulus** aus *Sententiar. Receptar. Lib. II. Tit.* 5. §. 2. verbindet, wo er sagt: Foetus vel partus eius rei, quae pignori data est, pignoris iure non tenetur, *nisi hoc inter contrahentes convenerit* [42]). Ueberall kann jedoch nur dann von den Früchten der Hypothek die Frage seyn, wenn die Hauptsache zur Befriedigung des Gläubigers nicht hinreicht, in welchem Falle denn auch, wie **Bachov** [43]) ganz richtig behauptet, auf Restitution des Werths der mala fide consumirten und veräußerten Früchte geklagt werden kann.

Giebt der Beklagte die verpfändete Sache dem Kläger heraus, so kann die Frage von Erstattung der verwendeten Kosten entstehen. Hier ist soviel außer Zweifel, daß wenn der bonae fidei possessor das mit der Hypothek behaftete Haus, welches zu Grunde gegangen war, auf der dazu erkauften Stelle ganz von neuen wieder aufgebauet und hergestellet hat, ihm die Baukosten von dem Kläger ersetzt werden müssen. Hierüber entscheidet ein kla-

42) S. CUJACIUS in Not. ad h. l. *Pauli.* (SCHULTING c. l. pag. 273.)

43) Tr. de pignorib. Lib. II. Cap. 11. nr. 4. sqq.

klares Gesetz, welches dem Beklagten deshalb ein Retentionsrecht giebt.

L. 29. §. 2. *D. h. t.* PAULUS libro V. *Responsorum.* Domus pignori data exusta est, eamque aream emit Lucius Titius, et exstruxit. Quaesitum est de iure pignoris? PAULUS respondit, pignoris persecutionem perseverare: et ideo ius soli superficiem secutam videri, id est, cum iure pignoris: *sed bona fide possessores non aliter cogendos creditoribus aedificium restituere, quam sumtus in exstructione erogatos, quatenus pretiosior res facta est, reciperent.*

Anders verhält sich die Sache mit den gewöhnlichen Reparaturkosten. Hier ist nach der Meinung des Africanus in *L.* 44. §. 1. *D. de damno infecto* ein Unterschied zu machen, ob der Beklagte den Besitz des Grundstücks ohne Vertrag, z. B. durch richterliche Immission wegen einer drohenden Gefahr erhielt, oder ob er das Grundstück durch Kauf, oder einen andern Vertrag an sich brachte, bey welchem es ihm möglich war, sich durch Caution sicher zu setzen. Im ersten Falle kann gleichfalls der Beklagte Kostenersatz verlangen, und eher kann ihn der Kläger zur Räumung der Hypothek nicht nöthigen. In dem letztern Falle hingegen kann er keine Vergütung wegen der gehabten Reparaturkosten von dem Kläger fordern. Er muß sie für den Gebrauch der Sache rechnen [44]), oder den Regreß gegen seinen Auctor nehmen [45]). Die Worte selbst lauten folgendermaßen.

Damni

44) Arg. *L.* 7. §. 2. *D. de Usufr.*

45) *L.* 34. §. 2. *D. de Eviction.*

Damni infecti nomine in possessionem missus, possidendo dominium cepi: deinde creditor eas aedes pignori sibi obligatas persequi vult: non sine ratione dicetur, nisi impensas, quas in refectionem fecerim, mihi praestare sit paratus, inhibendam adversus me persecutionem. *Cur ergo non emtori quoque id tribuendum est, si forte quis insulam pigneratam emerit? Non recte haec inter se comparabuntur, quando is, qui emit, sua voluntate negotium gerat: ideoque diligentius a venditore sibi cavere et possit, et debeat: quod non aeque et de eo, cui damni infecti non promittatur, dici potest.* Bachov[46]) und Westphal[47]) haben zwar viel gegen diese Entscheidung des Afrikanus einzuwenden gewußt, letzterer hält sie sogar für durchaus verwerflich; allein ohne hinreichenden Grund[48]).

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß die hypothekarische Klage §. 31. *I. de actionib.* zu denjenigen Klagen gezählet wird, welche actiones arbitrariae genennet werden; bey denen der Kläger, wenn der Beklagte der ihn

46) Cit. Tr. Lib. III. Cap. 18. n. 3 et 4.

47) Pfandrecht. §. 134. Not. 158.

48) Man s. *Iac.* CUJACIUS ad Africanum Tract. IX. in L. 44. §. 1. D. de damn. inf. *Io.* VOET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 4. *Em.* MERILLIUS Comm. ad Tit. D. de reb. cred. L. 25. (in *Thes. Otton.* T. III. pag. 680.) POTHIER Pandect. Iustin. T. III. Lib. XXXIX. Tit. 2. Nr. LXV. not. c. et d. Joh. Christ von Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bemerk. 72. und Schweppe Röm. Privatrecht 1. B. §. 311.

ihn verurtheilenden Sentenz des Richters keine Folge leistet, den ihm durch des Beklagten Ungehorsam oder Gefährde zugefügten Schaden durch seinen Eid schätzen kann[49]). Mittelst dieses Eides bestimmt dann der Kläger den Preis des Pfandes, unter dem er die Sache nicht verkauft haben würde, wenn er selbst Eigenthümer wäre[50]). Hat er auf solche Art, statt der Sache selbst, den Preis derselben, und hierdurch seine völlige Befriedigung erhalten; so steht ihm gegen den Schuldner keine weitere Klage zu; der Schuldner aber kann hier eben so, wie beym Verkaufe des Pfandes, den Ueberschuß (hyperocha) verlangen[51]). Gegen den dritten Besitzer kann er hingegen, als Eigenthümer, nur dann klagen, wenn er bereit ist, demselben das zu erstatten, was derselbe für ihn seinem Gläubiger bezahlt hat[52]).

§. 1084.

49) S. BACHOVIUS Tr. de pignorib. Lib. III. cap. 12. Westphal Pfandrecht §. 267. Not. 297. S. 386.

50) *L.* 16. §. 3. *D. h. t.* *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LXXVI. Th. 4. u. Gesterding Lehre vom Pfandrecht. §. 43. S. 327. ff.

51) *L.* 21. §. 3. *D. h. t.*

52) *L.* 28. *D. de pignorat. act.* Es ist in diesem Gesetz von dem Falle die Rede, da dem Gläubiger der Besitz des Pfandes von dem Schuldner zu seiner Sicherheit war eingeräumt worden, welchen derselbe nachher zufällig verlohren hat. Hier kann der Schuldner, wenn auch schon der Gläubiger von dem dritten Besitzer den Werth der Sache erhalten hat, dennoch unter der oben angeführten Bedingung, als Eigenthümer klagen; weil man ihn nicht nöthigen kann, seine Sache, wenn gleich für einen billigen Preis, wider seinen Willen einem Dritten zu überlassen. *L.* 70. *D. de Rei vindicat.* *Barth.* CHESIUS Differentiar. iuris Lib. I. cap. 75.

§. 1084.

Unterschied zwischen der hypothekarischen Klage, welche gegen den Pfandschuldner, und welche gegen den dritten Besitzer angestellt wird.

Die hypothekarische Klage ist zwar in jedem Falle, sie mag gegen den Schuldner selbst, oder gegen den dritten Besitzer der Hypothek erhoben werden, als Realklage zu behandeln; es ist indessen nicht zu läugnen, daß doch in beyden Verhältnissen ein mannichfaltiger Unterschied Statt findet, wie sich bereits im vorigen § gezeigt hat[53]). Hellfeld giebt hier einen dreyfachen Unterschied an.

I. In Rücksicht des Klagegesuchs welches zwar gegen den Schuldner alternativ, auf Bezahlung der Schuld oder Herausgabe des Pfandes, gegen den dritten Besitzer hingegen nur auf das Letztere gerichtet werden könne. Allein es ist schon oben erinnert worden, daß das alternative Klaggesuch, welches gegen den Schuldner Statt findet, nicht in der Natur der hypothekarischen Klage gegründet, sondern Folge ihrer Verbindung mit der persönlichen Schuldklage sey, und also gegen den dritten Besitzer nur allenfalls dann Staat finden kann, wenn er die Pfandschuld als einen Theil der zu bezahlenden Kaufgelder übernommen hat[54]). Da indessen die heutige Praxis ein alternatives Gesuch auch gegen den dritten Besitzer aus dem Grunde duldet, weil er sich durch Bezahlung der

 Schuld

53) S. KARSTEN Diss. de differentiis hypothecariae actionis contra ipsum debitorem et contra tertium possessorem institutae. *Rostochii* 1806.

54) *Car. Ferd.* HOMMEL Rhapsod. Quaestion. in foro quotidie obvenient. Vol. V. Obs. 606.

Schuld von allen weitern Ansprüchen des Gläubigers frey machen kann[55]); so kommt dieser Unterschied h. z. T. in keine sonderliche Betrachtung mehr[56]).

II. In Rücksicht der Einrede der Excussion, die dem Kläger entgegengesetzt werden könne. Diese komme nur dem dritten Besitzer, aber nicht dem Schuldner zu statten. Es sey aber doch auch, in Ansehung des dritten Besitzers, sagt Hellfeld, noch ein Unterschied zu machen, ob dem Gläubiger blos eine Specialhypothek zusteht, oder ob er eine Generalhypothek hat, sie sey nun entweder mit einer Specialhypothek zugleich verbunden, oder nicht. In dem ersten Falle könne der Gläubiger den dritten Besitzer der Specialhypothek mit Wirkung belangen, ohne den Hauptschuldner zuerst ausklagen zu dürfen. In dem letztern Falle hingegen könne dem Gläubiger die exceptio excussionis von dem dritten Besitzer entgegengesetzt werden, wenn er gegen denselben klage, ehe er den Hauptschuldner, oder den Bürgen desselben ausgeklagt hat. Allein auch bey dieser Theorie ist Manches zu berichtigen. Es ist vor allen Dingen zu bemerken, daß die Einrede der Excussion, welche insgemein *Beneficium excussionis* oder *ordinis* genennt wird, im Allgemeinen darin besteht, daß der Beklagte verlangen kann, der Kläger solle zuvörderst versuchen, auf einem andern Wege seine Befrie-

55) *L.* 16. § 3. *D. h. t.* *L.* 6. §. 1. *L.* 12. §. 1. *D. Quib. mod. pignus vel hypoth. solvit.*

56) *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. LXXVI. Th. 4. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. 3. §. 100. not. d. und *Christ. Gottl.* HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iuris Lib. II. Tit. 5. Th. 13. not. d. pag. 568.

friedigung zu erhalten, ehe und bevor er seinen Anspruch an der Sache, oder gegen die Person, welche er in Anspruch genommen hat, geltend machen könne [57]). Von dieser Einrede läßt sich nun auf zweyerley Art Gebrauch machen.

1) Wenn der Kläger zuvörderst auf eine andere Sache verwiesen wird, aus welcher er seine Befriedigung suchen müsse, ehe er sich an diejenigen halten könne, welche er wirklich in Anspruch genommen hat.

2) Wenn der Beklagte verlangen kann, daß der Kläger zuvörderst gegen eine andere Person klagen müsse, ehe er ihn belangen könne.

Man theilt hiernach die exceptio excussionis, insofern sie der actio hypothecaria entgegengesetzt werden kann, nicht unrichtig in realem und personalem ein. Soviel nun

I) die *exceptio excussionis realis* anbetrifft, so läßt sich dieselbe nur in dem Falle gedenken, wenn dem Gläubiger eine allgemeine und besondere Hypothek zugleich ertheilt worden ist; und dann geben die Gesetze das beneficium excussionis nur dem dritten Besitzer, wenn er ein nachgehender Pfandgläubiger ist, dem Sachen, die zur Generalhypothek gehören, speciell verpfändet worden sind. In diesem Falle kann er dem Kläger die Einrede entgegensetzen, daß er vor allen Dingen die Specialhypothek verfolgen müsse, ehe er Sachen zu seiner Befrie-

57) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXXV. medit. 3. Weber Versuche über das Civilrecht II. 2. S. 119. §. 1. und Gesterding Pfandrecht. §. 45. S. 340.

friedigung in Anspruch nehmen könne, welche zur Generalhypothek gehören [58]. Einem andern Besitzer hingegen steht diese Rechtswohlthat so wenig, als dem Schuldner selbst zu, wofern nicht ausdrücklich verabredet worden, daß das übrige Vermögen nur unter der Bedingung haften und angegriffen werden solle, wenn die Specialhypothek zur Befriedigung des Gläubigers nicht hinreichen würde [59]). Weil jedoch die besondere Verpfändung einer Sache neben einer dem Gläubiger zugleich bestellten General-Hypothek für zwecklos gehalten wird, wofern man nicht eine solche Verbindung der allgemeinen mit der speciellen Hypothek nach der vermuthlichen Willensmeinung der Contrahenten so erklärt, daß der Gläubiger vorzüglich aus der Specialhypothek seine Befriedigung suchen solle; so stellen andere [60]) dagegen folgende Regel auch. Der Gläubiger, dem eine allgemeine und besondere Hypothek ertheilt

58) *L.* 2. *Cod. de pignorib.* Das Gesetz selbst ist schon oben §. 1079 S. 238. ff. angeführt und erklärt worden.

59) *L.* 9. *Cod. de distract. pignor.* S. *Andr.* MYLII Diss. de exceptione excussionis extraneo possessori competente. *Lipsiae* 1688. Cap. IV. nr. 11. sqq. *Io. Gottl.* SCHAUMBURG Compendium iuris Dig. h. t. §. 9. Gottl. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1900. Not. 2. Gesterding Lehre vom Pfandrecht. §. 45. S. 345. ff.

60) S. Weber vom pignore tacito subsidiario, oder der stillschweigenden Willenserklärung der Contrahenten bey Verbindung einer allgemeinen und besondern Hypothek, und ob die daher entspringende exceptio excussionis nicht auch dem Schuldner selbst zu statten komme? (in Desselben Versuchen über das Civilrecht S. 117. ff.) Hugo Lehrbuch der Pandekten §. 75. Not. 2.

ertheilt worden ist, muß sich vor allen Dingen an die letztere halten, und dann erst, wenn diese zu seiner Befriedigung nicht hinreicht, ist er die zur generellen Hypothek gehörenden Sachen in Anspruch zu nehmen berechtiget. Nach dieser Regel wird denn auch in Beziehung auf die *L.* 9. *Cod. de distract. pignor.* dem Schuldner selbst das beneficium excussionis gestattet, wenn sowohl die General- als Specialhypothek noch in seinen Händen ist [61]). Es ist jedoch davon schon oben [62]) ausführlicher gehandelt worden.

II. Die *exceptio excussionis personalis* anlangend, so kann sich mittelst derselben der dritte Besitzer der Hypothek schützen. Er kann verlangen, daß erst der Hauptschuldner und dessen Erbe, wie auch derjenige, der etwa für den Schuldner sich verbürgt hat, ausgeklagt werde, ehe er, der Beklagte, mit der actio hypothecaria in Anspruch genommen werden könne. Diese Rechtswohlthat der Excussion hat Kaiser **Justinian** eingeführt in der Novelle 4. Kap. 2. Denn nach dem ältern Recht hatte der Gläubiger die Wahl, ob er zuerst den Schuldner und dessen Erben, oder den Besitzer der Hypothek in Anspruch nehmen wolle [63]). **Justinian** bezieht sich

61) Thibaut System des Pand. Rechts. 2. B. §. 664. S. 100. und Schweppe Röm. Privatrecht. 1. B. §. 312. a. E. Unter den ältern besonders CARPZOV Iurisprud. for. P. II. Const. 23. Def. 29. und MEVIUS P. II. Decis. 117.

62) S. §. 1079. S. 235—251.

63) Dieses beweisen viele Gesetzstellen ganz klar. *L.* 2. *et* 5 VIII. 41. *Cod. de fideiussor. L.* 19. *XX.* 4. *D. Qui potior. in pignore L.* 14. *L.* 24. *VIII.* 14. *C. de pignor et hypoth. L. fin. Cod. de obligat. et action.*

sich zwar auf einen *νομος παλαιος*, (antiqua lex) den er wegen der immer in Frage kommenden Fälle zu erneuern und zu verbessern für nöthig geachtet habe, weil er zu unbestimmt gewesen, und daher nicht beobachtet worden sey. Antiquam legem olim quidem latam, usu vero nescimus qua ratione non servatam, quae tamen ob res semper in quaestionem venientes necessaria videtur, revocare et in Rempublicam reducere pulchrum duximus, non ita simpliciter, ut scripta erat, eam ferentes, (*erat enim quaedam illius pars plane non distincta*) sed conveniente atque pia accessione distinguentes, sagt **Justinian** in der Präfation der gedachten Novelle 4. und im Kap. 1. heißt es nochmals. *Neque enim antiqua lex definitam quandam sanandi methodum habuit, quamvis magnus ille* PAPINIANUS *haec primus docuerit.* Allein es ist schwer zu errathen, was dieß für ein Gesetz gewesen seyn soll. **Cujaz**[64]) will es für ein Gesetz der zwölf Tafeln halten, weil **Cicero**[65]) an mehreren Orten sage, der Bürge habe nicht belangt werden können, wenn der Schuldner vermögend gewesen sey. Schon **Balduin**[66]) setzte jedoch dieser Meinung entgegen, der römische Jurist **Q. Mucius Scävola**, der noch vor **Cicero** gelebt, habe respondirt, der Bürge könne auch vor dem Hauptschuldner belangt

64) Exposit. ad Nov. IV. Ihm stimmen *Ge.* FRANTZKIUS Variar. Resolution. Lib. I. Resolut. 12. nr. 1. und *Reinh.* BACHOVIUS ad Treutlerum Vol. poster. Dis. XXVIII. Th. V. Lit. C. et D. bey.

65) *Ad Atticum* Lib. XII. Ep. 14. et 17. *et Lib. XVI. Ep.* 15.

66) Iustinianus. Lib. IV. ad Nov. 4. pag. 401.

belangt werden [67]). Das Nämliche läßt sich auch gewiß eher, als das Gegentheil, aus den Stellen des Cicero erweisen, wie Nicol. Hieron. Gundling [68]) ganz deutlich gezeigt hat. Man denke überdem nur an der Griechen *ἐγγύα πάρεστι δ'ἄτη: Sponde: noxia praesto est tibi* [69]). Und vor dem Servianischen Edict konnte ja vollends gar keine Frage seyn, ob man vor Ausklagung des Hauptschuldners den dritten Besitzer der Hypothek in Anspruch nehmen könne. Eben so wenig ließ aber auch die Strenge des alten Rechts eine solche Begünstigung gegen die Bürgen zu, von welcher Sept. Cäcilius bey Gellius [70]) sagt: *hanc fidem maiores nostros in negotiorum contractibus sanxisse, maximeque in pecuniae mutuaticiae usu atque commercio.* Franz Carl Conradi [71]) hält es daher für wahrscheinlicher, daß Justinian vielleicht die *Lex Petillia Papiria* de obaeratis debitoribus, welche im Jahr der Erb. Roms 427. war gegeben worden, gemeint haben könne. Denn so wie dieses Gesetz das Loos der Schuldner darin erleichtert habe, *ut pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium*

67) *L.* 48. D. *Mandati.* Man sehe noch BALDUINI Iurisprud. Muciana. pag. 269.

68) Singularia de beneficio excussionis capita. *Halae Magdeb.* 1728. Cap. I. §. 4. et 5.

69) *Ios.* SCALIGER ad *Ausonii* ludum Sapientum. *Aegid.* MENAGIUS Comm. ad *Diogen. Laertium* Lib. I. Segm. 73. *Sidon.* APOLLINARIS Carm. XV. v. 44.

70) *Noct. Atticar. Lib. XX. cap.* 1.

71) Diss. de beneficio excussionis possessori hypothecae specialis non competente. *Helmstadii* 1747. §. 5.

noxium esset, wie Livius [72]) erzählt; so sey vielleicht auch noch zu Gunsten der Bürgen verordnet worden, daß sich der Gläubiger zuerst an den Hauptschuldner halten müsse. Allein hierüber möchten wohl die historischen Beweise ganz fehlen, zu geschweigen, daß man selbst über den wahren Sinn und Inhalt der Lex Petillia Papiria noch nicht einmal vollkommen einig ist [73]). Dem sey indessen, wie ihm wolle, so läßt sich doch wenigstens soviel aus der Nov. 4. Kap. 1. nicht undeutlich erkennen, daß die lex antiqua, deren Justinian daselbst gedenkt, nicht den dritten Besitzer der Hypothek, sondern diejenigen betroffen haben müsse, welche für den Hauptschuldner gut gesagt haben. Vielleicht ließ es das alte Gesetz gut seyn, den Schuldner blos gemahnt zu haben, ohne ihn gerade ausklagen zu dürfen, um nun den Bürgen in Anspruch nehmen zu können; wie sich aus *L.* 16. §. *fin. D. de Fideiussor.* [74]) fast schließen läßt. Vielleicht geschahe dieses auch

72) *Lib. VIII. cap.* 28.

73) S. Dabelow ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger (Halle 1801. 4.) Kap. 4. S. 84. ff. und Schrader über den wahren Sinn der Lex Petillia Papiria; in Hugo civilist. Magazin 5. Bandes 2. Heft. S. 184. ff.

74) Der Ausdruck *appellare debitorem* heißt zwar auch soviel, als den Schuldner gerichtlich belangen. S. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Appellare.* Allein noch öfters heißt es bei den Klassikern soviel als mahnen. CICERO *Orat. Philipp.* II. c. 29. *Ad Atticum* Lib. XV. Epist. 19. *Orat. pro Quinctio* cap. 11. *de Officiis* Lib. I. cap. 25. *Orat. de L. Agraria contra Rullum* II. cap. 36. SENECA *de Beneficiis* Lib. V. cap. 21. MARTIALIS *Lib. VII. Epigr.* 91. u. a. m.

auch nicht einmal mehr in der Folge. Denn die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** mußten es ja durch *L.* 10. *Cod. de pignorib. et hypoth.* selbst bey der hypothekarischen Klage aufs neue einschärfen, daß die Schuldner, wenn sie gegenwärtig wären, vorher gemahnt seyn müßten, ehe man die Hypotheken gegen die Besitzer derselben verfolgen könne. Und auch in diesem Falle brauchten die Schuldner nicht einmal erst ausgeklagt zu werden, wie ich bereits oben [75]) bemerkt habe. An einen Unterschied, ob der Schuldner gegenwärtig oder abwesend sey, hatte vollends das alte Gesetz gar nicht gedacht, obwohl der große **Papinian**, wie **Justinian** sagt, hierauf, und zwar zuerst, aufmerksam gemacht hat. Genug **Justinian** fand, daß das alte Recht hierin durchaus mangelhaft und auch unbillig war. Er änderte es daher in der angeführten Novelle 4. Kap. 1. u. 2. dahin ab, daß der Gläubiger überall erst den Hauptschuldner ausklagen solle, ehe er den Bürgen in Anspruch nehmen, und auch diesen zuvörderst belangen müsse, ehe er seine Hypothek gegen den fremden Besitzer derselben verfolgen könne. **Justinian** gab dieses neue Gesetz im neunten Jahre seiner Regierung, nach Christi Geburt 535, nicht 539, wie es im Epilog der alten lateinischen Version heißt [76]). Für uns sind hier folgende Worte merkwürdig, welche nach der **Hombergkischen** Uebersetzung so lauten.

Cap. I.

75) S. §. 1083. S. 328. ff.

76) S. *Pet.* RELANDI Fasti Consulares. *Traj. Batavor.* 1715. pag. 712. und *Abr.* WIELING Iurisprud. Restituta (*Amstelaed.* 1727.) in Indice chronolog. Novellar. Iustin. pag. 167.

Cap. I.

Si quis igitur mutuum dederit, et fideiussorem, aut mandatorem, aut constitutae pecuniae reum acceperit, ille non statim ab initio mandatorem, fideiussorem, aut constituentem conveniat, neque debitore neglecto intercessoribus molestus sit, sed primo eum, qui pecuniam accepit et debitum contraxit, conveniat: et si quidem ab illis acceperit, a reliquis abstineat: quid enim illi cum extraneis rei est, cui debitor satisfecit? Si vero a debitore nec partem nec solidum consequi poterit, quantum ab illo accipere non potuit, pro ea parte cum fideiussore, vel constituente, vel mandatore experiatur, et ab eo reliquum consequatur. Atque haec quidem, si utrique, tam principalis debitor quam fideiussor, aut mandator, aut constitutae pecuniae reus praesentes sint, omni modo serventur. etc.

Cap. II.

Sed neque ad res debitorum, si ab aliis detineantur, prius veniat, quam actionibus personalibus contra mandatores et fideiussores et constituentes expertus fuerit. Ac cum ita ad res debitoris principalis ab aliis detentas venerit, earumque detentores convenerit, si nec inde illi satisfactum sit, tunc res fideiussorum et mandatorum et constituentium persequatur. Idem erit dicendum, si hi omnes quosdam sibi obligatos habeant, quique hypothecariis actionibus teneri possint. In debitorem tamen principalem, atque res apud ipsum existentes (sive personalibus, sive hypotheca-

thecariis, sive ambabus actionibus, statim uti voluerit) omnem licentiam ei damus, praedictam a nobis rationem et ordinem in reliquis quoque personis et casibus lege constituentes.

Vergleicht man beyde Stellen mit einander, so ist die Ordnung, welche Justinian dem Gläubiger vorgeschrieben hat, folgende. Zuerst soll der Schuldner oder dessen Erbe; dann zweytens der Bürge, er sey im rechtlichen Sinn von welcher Art er wolle, fideiussor, mandator oder constituens, seu constitutae pecuniae reus, oder dessen Erbe; nächst diesen der Besitzer der von dem Schuldner verpfändeten, und zuletzt der Besitzer der von den Bürgen verpfändeten Sachen in Anspruch genommen werden. Auf diese Ordnung können sich nun also Bürgen, und die dritten Besitzer der Hypotheken berufen, und dem Kläger eine Einrede entgegensetzen, wodurch sie die ihnen in diesem Gesetz ertheilte Rechtswohlthat geltend machen, und die deshalb *exceptio excussionis* oder *ordinis* genennt wird [77]). Da jedoch die von Justinian fest-

77) *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Disp. de beneficio excussionis. *Tübingae* 1653. *Andr.* MYLII Disp. de exceptione excussionis extraneo possessori competente. *Lipsiae* 1688. *Franc.* ALEF Diss. de liberalitate Iustiniani Imp. per illiberalem interpretationem in beneficio excussionis nimium mutilata. *Heidelbergae* 1759. *Eb. Christ.* CANZ Diss. sistens quaestiones quasdam de beneficio ordinis seu excussionis. *Tübingae* 1770. *Io. Balth.* WERNHER Diss. de beneficio ordinis seu excussionis possessori extraneo adversus creditorem, sive ex generali, sive speciali hypotheca agat, contra spuriam Novellae CXII. Cap. 1. interpretationem competente. *Vitembergae* 1725. *Io. Christoph.* KOCH

festgesetzte Ordnung nur unter verschiedenen Personen Statt findet; so ist dem Gläubiger die Wahl vorbehalten, wenn die persönliche und hypothekarische Klage gegen die nämliche Person wegen derselbigen Schuld angestellt werden kann. Dahin gehört nicht nur der Fall, wenn der Schuldner oder dessen Erbe das Pfand besitzt, sondern auch wenn der Bürge oder desselben Erbe, die von dem Hauptschuldner oder desselben Bürgen zur Hypothek verschriebene Sachen in Händen hat [78]). Hier hat der Gläubiger die freye Wahl, ob er die persönliche oder dingliche Klage anstellen, oder beyde mit einander verbinden wolle. Denn weder der Schuldner, noch der Bürge, wenn ihn die Reihe trifft, hat ein Interesse dabey, dem Gläubiger die exceptio excussionis entgegen zu setzen, weil der Beklagte, wenn er auch mit der hypothekarischen Klage in Anspruch genommen worden ist, dieselbe durch Bezahlung der Schuld, welche ihm hier auf jeden Fall zur Last fällt, eben so gut von sich abwenden kann, als wenn er mit der persönlichen Klage wäre belangt worden. Eben so kann auch von dem beneficio excussionis die Rede in dem Falle nicht seyn, wenn ein nomen verpfändet worden, und der Pfandgläubiger sein Pfandrecht daran durch die ihm deshalb gestattete actio utilis gegen den Schuld-

KOCH Diss. de beneficio excussionis tertio hypothecae specialis possessori competente ad Nov. IV et CXII. *Giessae* 1771. und *Frid. Ioach.* SCHLÜTER Diss. de beneficio excussionis possessori hypothecae generalis et specialis competente. *Goettingae* 1775.

78) S. KOCH Diss. cit. §. 5. pag. 11.

Schuldner des Pfandschuldners geltend macht [79]). Denn auch davon abgesehen, daß diese actio utilis nach der richtigeren Meinung nicht die hypothekarische, sondern eine blos persönliche Klage ist [80]); so hat auch hier der Beklagte kein Interesse, wenn, wie hierbey vorausgesetzt wird, derselbe nicht nur überhaupt schuldig, sondern auch diese Schuld schon jetzt fällig ist [81]).

Der Grund des Gesetzes, wornach vor allen andern der Schuldner oder dessen Erben, nachher die Bürgen, oder deren Erben, dann erst die fremden Besitzer der von dem Schuldner verpfändeten, und zuletzt die Besitzer der von den Bürgen verpfändeten Güter in Anspruch genommen werden sollen, wird von einigen [82]) darin gesetzt, damit die Prozesse nicht vervielfältiget werden möchten, weil der Bürge gegen den Hauptschuldner klagen, und eben so der dritte Besitzer der Hypothek seinen Regreß gegen den einen, wie den andern nehmen würde. Allein der Grund des Gesetzes liegt uns näher. 1) Daß der Hauptschuldner noch vor dem Bürgen ausgeklagt werde, ist der Natur der

79) *L.* 20. *D. h. t.* *L.* 4. *Cod. Quae res pignori.* *L.* 7. *Cod. de heredit. vel act. vend.*

80) Die Sache ist zwar unter den Rechtsgelehrten streitig. Allein man sehe Gesterding Ueber die Schuldverbindlichkeit als Objekt des Pfandrechts. Greifswald 1812. 8. §. 5.

81) *Ant.* FABER de Erroribus Pragmaticor. Dec. V. Err. 10. *Ge.* FRANTZKIUS Variar. Resolution. Lib. I. Resolut. 12. nr. 71. *Ben.* CARPZOV Decision. P. III. Decis. 258. nr. 6. sqq. Anderer Meinung ist zwar Westphal im Pfandrecht. §. 141. und Not. 165. Allein man sehe Gesterding angef. Abhandlung §. 8.

82) S. FABER c. l. SCHLÜTER Diss. cit. Cap. I. §. 13.

der Sache und der Billigkeit gemäß. Denn da der Bürge, so wie der Constituent, einer fremden Verbindlichkeit blos beytritt, warum soll ihm der Gläubiger beschwerlich fallen, wenn er seine Befriedigung von dem Hauptschuldner eben so leicht erhalten kann? Es ist ja viel natürlicher und billiger, daß er sich zuerst an den halte, dem er creditirt hat, als an den, welcher blos auf den Fall, da dieser nicht Zahlung leisten sollte, gut zu stehen sich verpflichtet hat [83]). Diesen Grund führt Justinian selbst in der Nov. 4. Kap. 1. an. Daß aber 2) der Bürge und Hauptschuldner zuvörderst ausgeklagt seyn müssen, ehe man den dritten Besitzer der von dem Hauptschuldner verpfändeten Sachen in Anspruch nehmen kann, hat wohl seinen Grund darin, weil hier eine Collision von Rechten eintritt; nämlich es treffen hier die Rechte des Gläubigers und die des Besitzers der Hypothek zusammen. Da nun dieser Kampf zum Nachtheil des letztern sich endigen würde, so wollte der Gesetzgeber diesen Nachtheil durch das Beneficium excussionis, so lange es nur möglich ist, von dem fremden Besitzer abgewendet, und dessen Rechte bis zum Nothfall durch eine ihm gegebene Einrede erhalten wissen, wodurch dem Gläubiger sein Recht nicht entzogen, sondern dessen Ausübung nur vor der Hand aufgeschoben wird [84]). Ob dem fremden Besitzer zur Zeit der Erwerbung der Sache die auf derselben haftende Hypothek bekannt war oder nicht, kommt zwar dabey nicht in Be-

83) S. *Io. Lud.* SCHMID Comment. de fideiussore principaliter obligato. *Ienae* 1768. 4. Sect. I. §. 4. sq.

84) S. Gesterding angef. Abhandl. über die Schuldverbindlichkeit als Objekt des Pfandrechts §. 8. S. 59. f.

Betrachtung [85]), weil die Gesetze die Erwerbung einer verpfändeten Sache für kein unerlaubtes Geschäft erklären; allein es ist doch sicher ordnungsmäßiger, denjenigen zuerst zu belangen, welcher sich hauptsächlich oder accessorisch dem Gläubiger verpflichtet hat, als denjenigen, welcher blos, als Besitzer, durch die Folge des dem Gläubiger an der Sache zustehenden dinglichen Rechts verpflichtet wird [86]). Daß endlich 3) die fremden Besitzer der von dem Bürgen verpfändeten Güter nicht eher belangt werden sollen, bevor nicht die fremden Besitzer der von dem Schuldner verpfändeten Sachen sind ausgeklagt worden, scheint wohl in einer Analogie seinen Grund zu haben, nämlich weil auch der Bürge nicht vor dem Hauptschuldner belangt werden kann. Da übrigens die Novelle 4. Kap. 2 zwischen einer General- und Special Hypothek keinen Unterschied macht, so kann folglich der dritte Besitzer von seiner Rechtswohlthat Gebrauch machen, der Gläubiger verlange die Auslieferung der Sache vermöge eines ihm daran zustehenden allgemeinen Pfandrechts, oder die Sache, welche er verfolgt, sey ihm selbst besonders verpfändet worden [87]). Sechs Jahre nach jener Novelle machte Justinian ein

85) Anderer Meinung sind zwar VOET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 4. §. 3 und HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom II. §. 1236. Allein man sehe Gesterding angef. Abhandl. §. 8. S. 60. Not. 4.

86) S. KOCH Diss. cit. de beneficio excussionis. §. 5. pag. 13.

87) BALDUINUS in Iustiniano Lib. IV. pag. 408. (edit. de a. 1596. 8.) will zwar die *Nov.* 4. Cap. 2 bloß von dem Falle verstehen, da dem Gläubiger eine General-Hypothek zusteht. Allein die Novelle selbst enthält zur Unterstützung dieser Erklärung keinen Grund, wie auch schon Koch a. a. O. erinnert hat.

ein neues Gesetz bekannt. Es ist die *Nov. CXII.*, welche er im funfzehnten Jahre seiner Regierung, nach Christi Geburt 541. promulgirte. Diese Novelle hat die sehr bestrittene Rechtsfrage veranlaßt, ob nicht durch dieselbe die Novelle 4. wieder abgeändert, und dem dritten Besitzer einer Specialhypothek die Rechtswohlthat der Excussion entzogen worden sey? Da die Novelle 112. so verschieden erklärt wird, so wird es nöthig seyn, die Worte derselben, so weit sie die streitige Frage betreffen, vorausgehen zu lassen. Ich werde auch hier der **Hombergkischen** Uebersetzung folgen.

Praefatio.

Multa quidem *de litigiosis*, tum a sapientibus et antiquis legislatoribus, tum etiam imperialibus constitutionibus, dicta sunt: Impraesentiarum vero iudices quidam Serenitatem nostram rogarunt, ut controversiam hucusque *in eiusmodi causis* in dicasteriis motam decideremus, et leges atque constitutiones *de his* latas clarius explicaremus, ut in posterum extra controversiam sit, quas *res litigiosas* vocari conveniat.

Cap. I.

Propterea sancimus, ut *litigiosa* dicatur et intelligatur *res* (mobilis vel immobilis, vel se movens) de cuius dominio inter actorem et reum quaestio movetur, vel per iudicialem citationem, vel per oblatas Imperatori preces, iudicique insinuatas, et per eum adversario actoris notas factas. In his enim speciebus priorem etiam mansuetudinis nostrae constitutionem, in qua scientes et ignorantes emtores discrevimus, post haec valere

valere volumus. Sed et hoc addendum esse perspeximus, si pendente lite *de re litigiosa* reum mori contingat, velintque heredes eius res dividere, ut sine impedimento id ipsis facere liceat. Cum enim *res litigiosae* per successionem ad heredes veniant, harum rerum inter heredes divisio non debet pro alienatione haberi. Illud quoque hac nostra lege sancimus, si unum ex his, qui de rebus illis litigant, ubi ex humanis rebus discedit, per ultimam voluntatem quasdam res, de quarum dominio movetur quaestio, legati nomine alicui relinquere contingat: si quidem heres per sententiam iudicis dominus earum declaretur, ut tum legatarius, quod illi relictum est, omni modo accipiat. Si vero contra heredem sententia in iudicio lata sit, legatarius aliam rem pro eodem legato ab herede exigendi ius non habeat: quia testator, cum *rem litigiosam* esse sciret, litis eventum legatario reliquit. Unde legatario facultatem concedimus, si hoc sibi conducere arbitretur, ut socius fiat litis: ne forte negligentiam quandam, vel proditionem earum heredi possit opponere. Hac vero LITIGIOSI appellatione ut *hypothecae* eximantur, in illisque haec distinctio obtineat, sancimus: *ut, si in rebus singularibus, mobilibus, vel immobilibus, vel se moventibus, nominatim hypothecae constitutae fuerint, debitori quidem, cuicunque et quando velit, eas vendere liceat, ita tamen ut ex earum pretio usque ad debiti quantitatem creditori satisfaciat. Si vero debitor hoc non fecerit, creditori, qui hypothecam in re vendita*

 habet,

habet, facultatem concedimus illam vindicandi, donec de debito ipsi satisfiat. Haec vero servari volumus, si non eadem res antea, vel speciali nominatim, vel generali hypotheca aliis forte creditoribus obligata fuerit: tunc enim sancimus, ut secundum tenorem legum nostrarum unicuique creditori privilegia temporum serventur. *Unde manifestum est, quod multo minus generales hypothecas* LITIGIOSI *appellatione contineri velimus: sed earum actiones secundum veterum legum definitiones examinari, et vim suam habere praecipiamus.* Et haec quidem *de litigiosis*, et *speciali*, nec non *generali hypotheca* disposuimus, ut nulla imposterum de his dubitatio in iudiciis oriatur, sed secundum dictam divisionem lites illae terminentur.

Nach dieser Novelle soll nun, wie viele [88]) glauben, dem Inhaber der einem Andern speciell und namentlich verpfändeten Sache die exceptio excussionis wider die gegen ihn angestellte hypothekarische Klage vorzuschützen nicht mehr gestattet seyn; es soll die Wohlthat der Excussion nur dem Besitzer, bey einer General-Hypothek des Gläubigers, zustehen. Allein in der Novelle 112. ist von dem Beneficio excussionis nirgends die Rede, noch weniger

88) *Io.* VOET Comm. ad Pand. Lib XX. Tit 4. §. 3. *Franc.* BALDUINUS in Iustiniano Lib. IV. pag. 408. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. Lib XX. Tit. 1. §. 9. *Io. Ulr. de* CRAMER Observat. iur. univ. Tom. II. Obs 656. *Aug. a* LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CCLV. Cor. 2. und besonders *Franc. Car.* CONRADI Diss. de beneficio excussionis possessori hypothecae specialis non competente. *Helmst.* 1747.

weniger war es Justinian's Absicht, solches zu beschränken, oder dem Besitzer der Special-Hypothek zu entziehen, wie schon längst **Westphal** [89]) so gründlich gezeigt hat, daß wohl darüber kein Zweifel mehr entstehen kann. Schon gleich die Präfation belehrt uns, daß Justinian blos die von litigiosis handelnden Gesetze und Verordnungen deutlicher bestimmen wollte, um hierdurch dem Streite ein Ende zu machen, was eigentlich unter dem strafenden Verbote der Veräußerung derselben begriffen sey. Zu dem Ende setzt er erst den Begriff fest. Nur diejenige Sache, sie sey beweglich oder unbeweglich, sey *litigiosa* zu nennen, und dafür zu halten, sagt er Cap. I. über deren Eigenthum zwischen dem Kläger und Beklagten ein Prozeß geführt wird. Er bestätiget dabey zugleich seine frühere Verordnung [90]), welche in Absicht auf die Strafe der Veräußerung zwischen dem wissenden und unwissenden Käufer unterschied. Er fand jedoch für gut noch dieß hinzuzufügen, daß wenn etwa der Beklagte während des Prozesses sterben sollte, der Prozeß über die litigiose Sache die Erbtheilung nicht hindern solle, weil dergleichen Theilung unter den Erben nicht für eine Veräußerung gehalten werden könne. Er verordnete auch noch überdem in dieser Novelle, daß wenn einer von den streitenden Theilen die Sache, über deren Eigenthum der Prozeß geführt wird, einem Dritten als Legat zuwenden wollte, ihm auch dieß nicht untersagt sey. Denn wird nachher der Erbe durch das richterliche Urtheil für den Eigenthümer erklärt,

so

89) Pfandrecht §. 278. Not. 309.

90) *L.* 4. *Cod. de litigiosis.* S. *Christ. Albin.* ZAHN Diss. de litigiosis. *Lipsiae* 1763. §. 9. et 10.

so erhält dann der Legatar, was ihm vermacht worden ist; wird aber gegen ihn erkannt, so muß auch der Legatar zufrieden seyn, denn etwas anders, als der Ausgang des Prozesses ihm gewährt, kann er nicht verlangen. Indessen soll es dem Legatar frey stehen, an dem Prozesse Theil zu nehmen, wenn er dieß für zuträglich hält, damit er nicht vielleicht dem Erben eine Vernachläßigung oder Einverständniß mit der Gegenparthey zur Last legen dürfe. Die Hauptsache aber ist nun die, daß Hypotheken unter der Vorschrift der Gesetze von litigiosis gar nicht mit begriffen seyn sollen, selbst nicht einmal Special-Hypotheken, sie seyen an einzelnen, beweglichen, oder unbeweglichen, oder sich selbst bewegenden Sachen namentlich bestellt. Der Schuldner mag sie immerhin verkaufen, an wen und wenn er will, dieß sey ihm erlaubt; nur mit dem Unterschiede, daß er aus dem gelößten Werthe den Gläubiger befriedige. Denn thut der Schuldner dieses nicht, so bleibt dem Gläubiger seine Hypothek auf der verkauften Sache und er kann sie gegen den Käufer verfolgen, bis er vollkommen befriediget ist. Jedoch versteht sich's, daß hierdurch den Rechten älterer Pfandgläubiger nichts vergeben werden kann, denen etwa eine Special- oder General-Hypothek an derselben Sache schon gegeben worden ist. Hieraus ergiebt sich nun auch, daß General-Hypotheken noch weniger unter dem Ausdruck *litigiosum* begriffen seyn können; die Klagen aus denselben sollen lediglich nach den Bestimmungen der ältern Gesetze zu beurtheilen seyn, welche nach wie vor ihre Gültigkeit behalten sollen. Hätte wohl hier die Frage, ob Hypotheken unter die Gesetze de litigiosis zu subsumiren, entstehen können, wenn nicht ein solcher Fall anzunehmen wäre, da derent-

derentwegen die hypothekarische Klage schon war angestellet worden, als die Veräußerung derselben vom Schuldner geschahe? Wie offenbar unrichtig ist es daher nicht, wenn Conradi[91]) die Worte: *cui et* QUANDO *voluerit*, so erklärt, die Veräußerung sey nach erhobener Klage, oder schon vorher geschehen; in beyden Fällen sey die Klage gegen den dritten Besitzer der Special-Hypothek begründet, ohne sich auf die Rechtswohlthat der Excussion berufen zu dürfen? Der Sinn ist vielmehr der, die hypothekarische Klage macht die Sache, um deren willen sie erhoben worden ist, keinesweges dergestalt zu einer res litigiosa, daß der Beklagte sie nicht während des Prozesses an einen Andern veräußern dürfte. Denn theils paßt hierauf der Begriff von res litigiosa nicht, theils kommt es ja noch immer darauf an, ob nicht der Schuldner von dem Kaufgelde den Gläubiger befriediget; denn mehr, als seine Befriedigung, kann ja der Gläubiger nicht verlangen. Erhält er aber diese nicht, so kann er nun die einmal in Anspruch genommene Hypothek auch ungehindert gegen den dritten Käufer verfolgen, und die richterliche Hülfe daran vollstrecken lassen, weil die Veräußerung dem Kläger nicht zum Nachtheil gereichen kann. Viele[92]) wollen zwar

91) Diss. cit. §. XI. pag. 21.

92) BACHOVIUS Tr. de pignorib. Lib. III. cap. 17. nr. 3. *Ge.* FRANTZKIUS Variar. Resolut. Lib. I. Resolut. 12. nr. 28. und *Io. Balth. de* WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 130. et P. V. Obs. 36. und Desselben oben Not. 77. angeführte Dissertat. denen auch Johann Christ. von Quistorp in den Beyträgen zur Erläuterung verschiedener mehrentheils unentschiedener Rechtsmaterien Nr. XII. der 2ten Aufl. Rostock und Leipzig 1787. S. 165. ff. beystimmt.

zwar die Novelle 112. Kap. 1. nur auf den Fall einschränken, wenn der Käufer von der Beschaffenheit der Sache Wissenschaft gehabt, und gleichwohl für die Befriedigung des Pfandgläubigers von dem Kaufgelde nicht gesorgt habe: allein zu dieser Erklärung ist eben so wenig ein hinreichender Grund in den Worten des Gesetzes enthalten, indem vielmehr die bekannte Regel zum Grunde liegt, lite pendente nihil innovandum. Es läßt sich demnach außer dem Falle, da der Schuldner die von dem Gläubiger in Anspruch genommene Specialhypothek während dem Prozesse veräußert hat, von der Novelle 112. keine Anwendung machen, und es ist daher offenbar unrichtig, daß durch diese Novelle jene frühere, die Novelle 4. abgeändert worden sey, welches gewiß, ohne derselben zu gedenken, nach der bekannten Gewohnheit des Kaisers Justinian, nicht geschehen seyn würde; und diese Meinung hat auch die Auctorität der berühmtesten Rechtsgelehrten [93]) für sich.

Die

93) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. VI. Err. 3. *Conr.* RITTERSHUSIUS Iur. Iustinian. s. Exposit. Novellar. P. III. Cap. 2 in fin. *Io. Nic.* HERTIUS Diss. de differentia pignoris generalis et specialis Cap. V. §. 8. (in *Ej.* *Commentat* et *Opusc.* Vol. II. Tom. III. p. 126.) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 74. *Ge. Ad* STRUV Synt. iur. civ. P. II. Ex. XXVI. Th. 38. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XX. Tit. 1. Qu. 14. *Frid. Es. de* PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 67. Westphal Pfandrecht §. 278. *Io. Henr. Christ.* ERXLEBEN Princip. de iure pignorum. §. 318. *Io. Christph.* KOCH Diss. cit. de beneficio excussionis. §. 8. sqq. *Christ. Gottl.* HAUBOLD ad *Bergeri* Oeconom. iuris. Lib. II. Tit. 5. Th. 13. Not. 4. e) pag. 568. *Car. Christph.* HOFACKER

Die Wohlthat der Excussion fällt jedoch weg, 1) wenn der Schuldner so wenig, als desselben Bürge, im Stande ist den Gläubiger, weder ganz noch zum Theil, zu befriedigen; oder 2 wenn wegen ihrer Entfernung der eine, wie der andere, schwer zu belangen ist [94]. *Durum enim est*, sagt Justinian *Nov. IV. Cap.* 1. creditorem *alio* mittere. So wie also, sobald der Schuldner nicht füglich in seinem ordentlichen Gerichtsstande auf dem ordentlichen Wege ausgeklagt werden kann, dem Bürgen die exceptio excussionis nicht zu statten kommt [95]; so fällt sie auch bey dem dritten Besitzer der Hypothek weg, wenn der Schuldner, oder im Falle etwa ein Bürge noch für die Schuld wäre bestellt worden, auch dieser, nicht ohne Nachtheil des Gläubigers, in einem fremden Gericht belangt werden müßte [96]. 3) Wenn der Gläubiger den Besitz des Pfandes erhalten, und solchen etwa wieder verloren hat [97]. Denn war ihm das Pfand vom Schuldner tra-

ACKER Princip iuris civ. Tom. II. §. 1235. Not. d. Gesterding Pfandrecht. §. 45. S. 341. f. u. a. m.

94) S. Quistorp Beyträge a. a. O. S. 174. folg. Gesterding Pfandrecht S. 342. f.

95) Weber's systemat. Entwick. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 115. Not. 8. S. 500.

96) Nicht jede Abwesenheit des Schuldners schließt das Beneficium excussionis aus. S. *Aug. Frid.* SCHOTT Diss. An absentia debitoris principalis sub aliena inrisdictione commorantis sit hodie iusta causa fideiussorem ordinis beneficio privandi? *Lipsiae* 1773. Struben rechtliche Bedenken 5. Th. Bed 20. CANZ Diss. cit. de beneficio ordinis s. excussionis. §. 17.

97) *Ge.* FRANTZKIUS Variar. Resolut. Lib. I. Quaest. 12. nr.

tradirt, so ist die Klage gegen den Besitzer begründet, wenn auch der Schuldner noch nicht ausgeklagt werden kann [98]); weil dem Gläubiger die exceptio doli entgegen stehen würde, wenn er auf die Bezahlung der Schuld klagen wollte, ohne dem Schuldner das Pfand zurückzugeben [99]). Hatte er aber das Pfand durch richterliche Immission, als ein pignus iudiciale, erhalten, so war der Schuldner schon ausgeklagt; und war dem Gläubiger ein pignus praetorium rei servandae causa bestellt; so ist ja dieses ein Beweis, daß der Schuldner sich nicht vor Gericht gestellt hatte, oder sich gar nicht sehen ließ, um ihn belangen zu können [100]).

Die übrigen Ausnahmen, welche die Rechtsgelehrten hier noch hinzuzufügen pflegen, sind meistens ungegründet. Man sagt nämlich a) das beneficium excussionis falle weg, wenn der Hauptschuldner, so wie der Bürge, ipso iure nicht belangt werden könne, weil die Verbindlichkeit, aus welcher die Schuld herrührt, eine blos natürliche nicht klagbare Verbindlichkeit ist [1]). Allein wie kann hier die hypo=

nr. 38. et 39. BACHOV Tr. de pignorib. et hypoth. Lib. III. Cap. 17. nr. 4. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 75. nr. IV. Gesterding Pfandrecht §. 45. S. 342. Anderer Meinung sind zwar *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. VI. Err. 3. und ERXLEBEN Princip. de iure pignor. §. 317. not. b. Allein auf diesen Fall geht offenbar die Nov. 4. nicht.

98) *L. 14. pr. D. h. t.*

99) *L. 4. §. 8. D. de doli mali et metus except.*

100) *L. 2. Cod. de praetorio pignore.* S. §. 1080. S. 252.

1) FRANTZKIUS c. l. nr. 80. DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XII. c. 2. LAUTERBACH c. l. §. 75. nr. I. und BACHOV c. l. Cap. 17. nr. 8.

hypothekarische Klage Statt finden, wo die Hauptschuld selbst nicht klagbar ist? Es kann zwar, wie auch schon an einem andern Orte bemerkt worden ist, auch wegen einer blos natürlichen Verbindlichkeit ein an sich gültiges Pfandrecht bestellt werden; es finden aber deshalb nur diejenigen Rechtsmittel Statt, welche dem Gläubiger wegen der Hauptschuld zustehen. Das Pfandrecht giebt daher in einem solchen Falle zwar dem Gläubiger ein Retentionsrecht, er kann sich auch, wenn er das Pfand in Händen hat, daraus bezahlt machen [2]); allein daß der Gläubiger auch mittelst einer Klage das Pfand verfolgen könne, wenn die Hauptschuld selbst nicht klagbar ist, sagen die Gesetze nirgends [3]). Die exceptio excussionis findet nun zwar freilich hier nicht Statt. Denn wie kann der Besitzer der Hypothek den Gläubiger an den Schuldner verweisen, gegen den der Gläubiger keine Klage hat? Allein die Einrede der nicht zustehenden Klage ist es, welche ihm hier zu statten kommt. Der Beklagte könnte ja verlangen, daß ihm bey Räumung der Hypothek die Klage gegen den Schuldner abgetreten werde [4]); wie ist dieß aber dem Gläubiger möglich, wenn ihm selbst keine Klage gegen den Schuldner zusteht?

Man will ferner b) dem dritten Besitzer der Hypothek die Einrede der Excussion versagen, wenn er zur Zeit der Erwerbung der Sache von dem darauf haftenden Pfandrecht

2) *L. 11. Cod. de usuris. L. 101. §. 1. in fin. D. de Solution.*

3) *L. 2. D. Quae res pignori.* S. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 107.

4) *L. 19. D. Qui potior. in pignore.*

recht Wissenschaft gehabt hat [5]). Allein auch diese Ausnahme ist ganz ungegründet. Denn die Gesetze verbieten ja dem Schuldner die Veräußerung der Hypothek nicht [6]), es kann also auch die Erwerbung derselben an sich nicht unerlaubt seyn [7]).

c) Dem dritten Besitzer soll die Ausflucht der Excussion auch alsdann nicht zustehen, wenn er sich ohne einen rechtmäßigen Titel im Besitz befindet [8]). Allein das Gesetz sagt ganz allgemein: Sed neque ad res debitorum, *si ab aliis detineantur*, prius veniat, quam actionibus personalibus contra mandatores et fideiussores et constituentes expertus fuerit. Ferner heißt es: Ac cum ita ad res debitoris principalis *ab aliis detentas* venerit, *earumque detentores convenerit*. Aus diesen Worten läßt sich wenigstens nicht schließen, daß der Beklagte gerade ein iustus possessor seyn müsse, wenn er von der exceptio excussionis solle Gebrauch machen dürfen. Allein, sagt man, es wäre ja absurd anzunehmen, der Gesetzgeber habe einen ungerechten Besitz durch Ertheilung eines Beneficii begünstigen wollen! Dieser Grund hat allerdings vielen Schein; es fragt sich aber, ob der Gläubiger, der nicht Eigenthümer ist, sondern nur sein

5) VOET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 4. §. 3. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1236. MALBLANC Princip. iur. Rom. §. 580.

6) *L. un. C. Rem alienam gerentib. non interdici rer. suar. alienatione. L. 12. Cod. de distract. pignor.*

7) Gesterding über die Schuldverbindlichkeit als Objekt des Pfandrechts. §. 8. Not. 4. S. 60. f.

8) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticorum Dec. VI. Err. 3. und Gesterding Pfandrecht a. a. O. S. 342. Nr. 4.

sein Pfandrecht verfolgt, über das Recht des Besitzes mit dem Beklagten zu streiten befugt sey? Sagen denn nicht die Gesetze [9]) ausdrücklich: *Adversus extraneos etiam vitiosa possessio prodesse solet?* Es ist zwar diese Stelle aus des Venulejus *libro V. Interdictorum* genommen, und bezieht sich zunächst auf die Interdicte. In dieser Beziehung sagt auch **Paulus** *L. 2. D. Uti possidetis:* IUSTA enim *an* INIUSTA *adversus caeteros possessio sit*, in hoc Interdicto nihil refert: qualiscunque enim possessor hoc ipso, *quod possidet*, plus iuris habet, quam ille, qui non possidet. Allein man kann doch füglich so schließen, gilt auch eine iniusta possessio gegen einen Dritten, von dem der Besitzer seinen Besitz nicht erhielt, so gut als eine iusta, und soll sie sogar gegen einen solchen extraneus durch Interdicte geschützt werden, warum sollte sich nicht auch der Besitzer wider einen solchen Gegner vor der Hand mit einer Einrede darin schützen können, da die Gesetze immer eher eine Einrede, als eine Klage gestatten? Der Besitz kann ja auch an sich, ohne alle Rücksicht auf seine eigene Rechtlichkeit, der Grund von Rechten seyn. Daß es aber auch wirklich bey der hypothekarischen Klage auf die Beschaffenheit des Besitzes des Beklagten gar nicht ankomme, lehren die Gesetze ganz bestimmt. Jeder Besitzer, er sey iustus oder iniustus, kann sich durch Bezahlung der Pfandschuld von dieser Klage befreyen. Neque enim debet quaeri *de iure possessoris*, cum ius petitoris removeatur, soluto pignore, sagt **Paulus** *L. 12. §. 1. D. Quib.*

9) *L. ult. D. de acquir. vel amitt. possess. L. 1. §. ult. D. Uti possidetis.*

Quib. mod. pignus vel hypotheca solvitur. Haftet also der Beklagte, auch als Besitzer, doch im äussersten Falle nur für die Bezahlung der Pfandschuld, so kann er auch, ohne Rücksicht auf seinen Besitz, gewiß nicht schlechter gehalten seyn, als ein Bürge. Ich halte daher aus diesen Gründen die Ausschließung der exceptio excussionis in diesem Falle für ungerecht, zumal da, wie auch **Westphal**[10]) bemerkt, diese Einrede eine dilatorische ist, oder vielmehr zu den vermischten Einreden gehört, welchen vor allen Dingen abgeholfen werden muß, ehe dem Beklagten die Aufnehmung des Prozeßes zugemuthet werden kann [11]). Die replicatio iniustae possessionis kann hier darum nicht berücksichtiget werden, weil sie das Recht eines Dritten betrifft. 4) Soll es nicht dem mindesten Zweifel unterworfen seyn, daß derjenige, welcher die verpfändete Sache vermöge einer Schenkung, oder aus einer andern causa lucrativa besitzt, auf das beneficium excussionis keinen Anspruch machen könne [12]). Allein wie paßt der Grund, daß der Schenker dem Beschenkten zu keiner Evictionsleistung verpflichtet sey [13]), auf die Einrede der Excussion? Der Schuldner konnte zwar durch Verschenkung der verpfändeten Sache dem Rechte des Gläubigers eben so wenig vergeben, als durch den

10) Pfandrecht §. 277. Not. 308. a. E.

11) S. Christ. Wilb. Wehrn Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen in bürgerlichen Streitsachen. §. 9.

12) *Io. Henr. de* BERGER Oecon. iuris. Lib. II. Tit. 5. Th. 13. not. 5. und von Quistorp Beyträge Nr. XII. S. 175. der zweyten Auflage.

13) *L. 62. D. de aedilit. Edicto. L. 18. §. ult. D. de donat.*

den Verkauf derselben, sondern es heißt auch hier res donata cum sua causa transit. Allein dem Beschenkten die Ausflucht der Excussion versagen, hieße ja eben so viel, als den Widerruf der Schenkung der Willkühr des Schuldners unterwerfen. Haftet doch auch sogar der donator rei alienae für den Dolus. Endlich 5) soll auch dann das beneficium excussionis wegfallen, wenn der Concurs wider den Schuldner eröfnet worden ist; denn dieß sey ein Beweis, daß der Schuldner nicht solvend sey [14]). Allein da dieses noch nicht beweißt, daß auch der Gläubiger, welcher aus diesem Grunde den dritten Besitzer, mit Uebergehung des Schuldners, in Anspruch genommen hat, bey dem Concurse leer ausgehen werde; so kann allerdings auch hier der Gläubiger zuvörderst an den Concurs verwiesen werden, er könnte denn beweisen, daß er seine Befriedigung aus der Masse, nach der Beschaffenheit derselben durchaus nicht erhalten werde [15]); und dann würde nicht der ausgebrochene Concurs, sondern die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners der Grund der Ausschließung jener Ausflucht seyn [16]).

§. 1085.

Von dem Beweise bey der hypothekarischen Klage.

Daß bey der hypothekarischen Klage in jedem Falle der Grund derselben, nämlich daß dem Kläger an der in Anspruch genommenen Sache ein Pfandrecht zustehe, erwiesen werden müsse, lehrt die Natur der Klage, und eben

14) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CCXXV. Cor. 1.

15) ERXLEBEN Princ. de iure pignor. §. 319.

16) Gesterding Pfandrecht. S. 343.

eben dieses verordnen auch ausdrücklich die Gesetze [17]). Der Beweis des zuständigen Pfandrechts muß aber auf den rechtlichen Entstehungsgrund desselben gerichtet werden [18]). Eben so wird dann auch zur Begründung der Klage, als nothwendige Bedingung derselben, der Beweis erfordert, daß die dem Kläger verpfändete Sache sich in dem Besitz des Beklagten befinde [19]). Es ist jedoch in Ansehung des Beweises ein wichtiger Unterschied, ob die Klage gegen den Verpfänder selbst, und dessen Erben, oder ob sie gegen den dritten Besitzer der verpfändeten Sache angestellt wird. In dem ersten Falle braucht der Kläger im Läugnungsfalle weiter nichts, als die geschehene Verpfändung, und den Besitz der Sache bey dem Beklagten zu erweisen. **Anton Faber** [20]) meint zwar, es müsse auch das Eigenthum des Schuldners bewiesen werden, weil die Gesetze [21]) ohne Unterschied sagten creditorem probare debere, *rem eo tempore, quo convenit de pignore, in bonis debitoris fuisse.* Allein gesetzt,

17) *L.* 23. *D. de probat.* *L.* 15. *in fin. Cod.* de pignorib. BACHOVIUS de pignor. Lib. III. cap. 11. Gesterding Pfandrecht. §. 44.

18) MENCKEN Introduct. in doctr. de actionib. for. Sect. I. Cap. II. Membr. IX. §. 10. und MADIHN ad *Eundem* not. 322.

19) *L.* 16. §. 3. *D. h. t.* Dem Beklagten kann über diesen Umstand, daß er die verpfändete Sache besitze, im Läugnungsfalle der Eid zugeschoben werden. S. HOMMEL Rhapsod. Quaestion in foro quotidie obvenient. Vol. I. Obs 155.

20) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. LXIII. Er. 1. et 3.

21) *L.* 15. §. 1. *D. h. t.* *L.* 23. *D. de probat.*

gesetzt, der Beklagte wollte einwenden, er sey zur Zeit der geschehenen Verpfändung nicht Eigenthümer, und also auch nicht befugt gewesen, ein Pfandrecht zu bestellen, so würde er ja auf eine unredliche Art sein eignes Factum anfechten, und ihm daher die replicatio doli entgegenstehen [22]). Es kommt dann auch nichts darauf an, der Schuldner habe zur Zeit der Verpfändung gewußt, daß die zum Unterpfand gesetzte Sache eine fremde Sache sey, oder nicht, wenn nur der Gläubiger in bona fide war [23]). Denn hatte es dieser gleich Anfangs gewußt, daß die Sache einem Dritten gehöre, so steht ihm auch nicht einmal die actio hypothecaria utilis gegen den Verpfänder zu, wenn auch derselbe in der Folge Eigenthümer geworden wäre [24]). Eben so ist es, wenn der wahre Eigenthümer,

22) *L.* 41. *D. de pignerat. act.* Verb. Sed si convenisset de pignore, *ut ex suo mendacio arguatur*, improbe resistit, quominus utilis actio moveatur S. den 14 Th. dieses Commentars §. 863. S. 33. Ferner *L* 21. §. 1. *D. h. t.* — doli replicatione exceptionem elidet. S. auch *Pet.* FABER Semestrium Lib. II. cap. 17. §. *Consequens est*, pag. 279. VOET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 4. §. 7. Westphal Pfandrecht §. 270. Not. 300. *Christ. Gottl.* GMELIN Commentat. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. § 14. pag. 44. sqq. ERXLEBEN Princip. de iure pignorum §. 311. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1232. Gesterding Pfandrecht §. 44. S. 334 ff.

23) S. den 14. Th. dieses Commentars §. 863. Not. 83. S. 28.

24) *L.* 1. *pr. D. h. t.* *L.* 5. *Cod. Si aliena res pignori data.* S. den 14 Th. a. a. O. Nr. II. S. 28 ff.

thümer, ohne dessen Einwilligung die Verpfändung geschahe, nachher des Pfandschuldners Erbe ward [25]). Den Beweis des Besitzes betreffend, so sind zwar viele [26]) der Meinung, daß dieser unnöthig sey, wenn gegen den Verpfänder selbst geklagt wird, weil der Besitz der Hypothek beym Schuldner vermuthet werden müsse. Allein in den Gesetzen ist wenigstens diese Vermuthung nicht gegründet [27]).

Wird hingegen wider den dritten Besitzer der Hypothek geklagt, so lassen sich wieder folgende Fälle gedenken. I. Er besitzt die Sache auch nur als Pfandgläubiger; und dann kommt es darauf an, 1) ob beyde Theile, der Kläger und Beklagte, ihr Pfandrecht von demselben Verpfänder herleiten. Auch hier braucht der Kläger das Eigenthum des Verpfänders nicht darzuthun, sondern er darf nur beweisen, daß sein Pfandrecht älter sey. Denn auch hier kommt es gar nicht darauf an, ob der Verpfänder Eigenthümer war, oder nicht, wenn nur der Kläger in bona fide war, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 12. pr. D. Qui potior. in pign. MARCIANUS *libro singulari ad formulam hypothecariam.* Creditor, qui prior hypothecam accepit, sive possideat eam, et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio

25) *L. 41. D. de pigner. act.* Verb. Non et idem dicendum. S. den 14. Th. S. 39. f.

26) Westphal Pfandrecht §. 270. KIND Quaest. for. T. I. Cap. 49. GÜNTHER Princip. iur. Rom. privati noviss. Tom. II. §. 698.

27) S. Gesterding §. 44. S. 336. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 2. B. §. 1897.

ceptio priori utilis est, *si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata:* sive alio possidente, prior creditor vindicet hypothecaria actione, et ille excipiat, *si non convenit, ut sibi res sit obligata*, hic in modum supra relatum replicabit.

L. 14. *D. eodem.* PAULUS *libro XIV. ad Plautium.* Si *non dominus* duobus eandem rem diversis temporibus pigneravit, prior potior est: quamvis, si *a diversis non dominis* pignus accipiamus, possessor melior sit [28]).

2) Sie leiten ihr Pfandrecht von verschiedenen Constituenten ab. Hier muß der Kläger, ausser dem Factum der Verpfändung, noch beweisen, daß sein Verpfänder Eigenthümer gewesen sey. Ist nun der Beklagte nicht auf gleiche Weise das Eigenthum seines Verpfänders zu beweisen im Stande, so muß er weichen, und dem Kläger das Pfand abtreten. Hat hingegen der Beklagte eben soviel dargethan, als der Kläger, so hat ersterer als Besitzer den Vorzug, und der Kläger muß daher mit der Klage abgewiesen werden. Dieß gilt auch in dem Falle, wenn beyde Theile ihr Pfandrecht von verschiedenen Nichteigenthümern erhalten haben, wie die vorhin angeführte *L.* 14. *D. Qui potior. in pign.* beweiset [29]).

28) Verbindet man damit *L.* 9. §. 4. *D. de Publiciana in rem actione*, so ergiebt sich, daß man hier die Grundsätze von der actio in rem publiciana auf das Pfandrecht angewendet habe. S. Gesterding S. 338. f.

29) S. Westphal Pfandrecht. §. 271.

II. Der dritte Besitzer maßt sich das Eigenthum an. Hier sind wieder zwey Fälle denkbar. 1) Der Beklagte ist ein solcher, der sein ganzes Recht von dem Schuldner oder Verpfänder ableitet, (reus conventus *causam habet* a debitore). Hier behaupten die meisten [30]), der Gläubiger brauche zwar nicht das Eigenthum des Verpfänders zu beweisen, aber er müsse doch wenigstens soviel darthun, daß der Schuldner die verpfändete Sache zur Zeit der Verpfändung in bonis gehabt, das ist, die Sache rechtmäßig, als die seinige, besessen habe. Allein räumt der Beklagte ein, daß er die Sache von dem Schuldner erhalten habe, welche der Kläger mit der hypothekarischen Klage in Anspruch nimmt, so darf der Kläger nur das Factum der Verpfändung beweisen, worauf der Beklagte zur Herausgabe des Pfandes verurtheilt werden muß. Denn der Schuldner konnte mit eben dem Rechte die Sache seinem Gläubiger verpfänden, mit welchem er sie nachher an den Besitzer veräussert hat. Da also beydes die Verpfändung und Veräusserung besteht, so muß erstere jeder Besitzer anerkennen, welcher sein Recht von dem Verpfänder ableitet [31]). Wenn hingegen 2) der dritte

30) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. VI. Err. 5. in fin. *Arn.* VINNIUS Comm. ad §. 7. I. de action. n. 3. BACHOV Tr. de pignorib. Lib. III. cap. 11. nr. 2. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Dec. LXXVI. Th 3. STRYK Us. mod. Pand. Lib. XX. Tit. 5. §. 3. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. 3. §. 99. STRUV Synt. iur. civ. T. II. Ex. XXVI. Th. 37. *Christ. Gottl.* GMELIN Comment. cit. de iure pignoris vel hypoth. etc. §. 42. pag. 144. sq. u. a. m.

31) Westphal §. 272. Not. 302.

dritte Besitzer sein Recht von dem Verpfänder nicht ableitet, so muß der Kläger nicht nur das Factum der Verpfändung, sondern auch noch dieses beweisen, daß die Erforderniſſe einer gültigen Verpfändung vorhanden seyen, also daß der Schuldner entweder schon zur Zeit der Verpfändung das Eigenthum gehabt, oder daß er in der Folge das Eigenthum der von ihm verpfändeten Sache erlangt habe, oder wenn auch die Sache dem Schuldner gar nicht gehört, daß wenigstens die Verpfändung mit Zustimmung des wahren Eigenthümers geschehen, oder der Eigenthümer der Sache bey der Verpfändung derselben ein betrügliches Stillschweigen beobachtet, oder dem Verpfänder die Sache verpfändet gehabt habe [32]). Hat es jedoch der Kläger nicht mit dem wahren Eigenthümer selbst zu thun, sondern der Beklagte ist ein solcher, gegen welchen der Schuldner, wenn er selbst klagen würde, die actio Publiciana anstellen könnte; so ist der strenge Beweis des Eigenthums, welchen die Reivindication erfordert, hier nicht nöthig, sondern es ist genug, wenn der Kläger beweißt, daß der Verpfänder den Usucapionsbesitz der Sache, oder das prätorische Eigenthum an der Sache gehabt, das heißt, die Sache iusto titulo an sich gebracht habe. Es tritt hier die Analogie der Publicianischen Klage ein [33]).

L. 23. *D. de probat.* MARCIANUS *libro singulari ad formulam hypothecariam.* Ante omnia proban-dum

32) Westphal §. 272. HOFACKER T. II. §. 1232. und Gesterding S. 331.

33) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXXIV. medit. 3. et 4. WERNHER Select. Observation. for. Tom. I. P. II. Obs. 484.

dum est, *quod inter agentem et debitorem convenit, ut pignori hypothecaeve sit:* sed et si hoc probet actor illud quoque implere debet, *rem pertinere ad debitorem eo tempore, quo convenit de pignore,* aut *cuius voluntate* hypotheca data sit.

L. 15. §. 1. D. de pignorib. et hyp. CAJUS *libro singulari de formula hypothecaria.* Quod dicitur, creditorem probare debere, cum conveniebat, *rem in bonis debitoris fuisse*, ad eam *conventionem* pertinet, *quae specialiter facta est,* non ad illam, quae cottidie inseri solet cautionibus, ut specialiter rebus hypothecae nomine datis, cetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet, et quae postea adquisierit, perinde atque si specialiter hae res fuissent obligatae.

L. 18. D. eodem. PAULUS *libro XIX. ad Edictum.* Si ab eo, *qui Publiciana uti potuit*, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per *Servianam* Praetor, quemadmodum debitorem per *Publicianam.*

Zu Folge der Novelle 4. tritt noch der Beweis hinzu, daß auch der Vorschrift derselben ein Genüge geschehen sey, und also ein Zurückweisen des Klägers an den Schuldner oder dessen Bürgen nicht Statt finde.

Zuweilen brauchen jedoch nicht alle bey der hypothekarischen Klage sonst erforderlichen Puncte bewiesen zu werden. Dieß ist der Fall, wenn der Beklagte seinen eigenen Besitz, oder das Eigenthum des in der Klage angegebenen Verpfänders vorsätzlich abläugnete. Ist hier der Beklagte durch den Beweis des Klägers eines frevelhaf-

ten

ten Läugnens überführt, so muß er zur Strafe den Besitz der Sache dem Kläger abtreten, obschon dieser sein vom Eigenthümer erhaltenes Pfandrecht noch nicht erwiesen hat, und nunmehr selbst als Kläger auftreten und beweisen, daß ihm vom Eigenthümer ein besseres Recht an der Sache eingeräumt worden sey[34]).

L. 80. *D. de Rei vindic.* In rem actionem pati non compellimur: quia licet alicui dicere, *se non possidere:* ita ut si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per iudicem, *licet suam esse non adprobaverit.*

Novella XVIII. Cap. 10. Si quis conventus fuerit res habere alterius, ille vero neget, *res esse illius, de quo dicit actor*, et cogatur, qui actionem intendit, aut instrumentis aut testibus aut aliis uti laboribus, ut ostendat *res illius esse:* postea vero is, qui *res illius esse* constanter negaverat, uti voluerit illius iure, et dicat, propter hypothecam vel alias causas ad illam personam referendas se potiorem esse eo, qui litem movet: — *pro inficiatione earum rerum et actoris laboribus, etiam durante adhuc lite, in actorem possessio rerum, de quibus quaestio est, transferatur; licentiam habente eo, qui eam reddit, si quaedam iura habeat a persona illa, circa quam inficiationem antea fecerat, sibi competen-*

34) Westphal §. 273. Weber Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. Abschn. VI. S. 344. Borst über die Beweislast im Civilprozeß. §. 32. S. 49.

petentia, ea proponere, et ius suum obtinere, poena in sola translatione possessionis constituta.

Auth. Item possessor. *Cod. Qui potiores in pignore.* Item possessor pignoris, *negans rem eius, cuius actor eam esse adseverat:* si probata ea intentione nitatur rem retinere, dicens ex hypotheca, vel alia causa in eandem personam delata, se propinquiorem esse, quam qui movet causam: *prius transferat possessionem, quam ius suum proponat.*

Lib.

Lib. XX. Tit. II.

In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.

§. 1086.

Mancherley Arten der gesetzlichen Sicherheitsmittel. Privilegium exigendi. Gesetzliche Hypothek. Privilegium hypothecae. Begriff. Ursprung. Natur der stillschweigenden Hypothek.

Die Gesetze haben zur Sicherheit der Gläubiger mancherley Mittel eingeführt, und hierdurch ausnahmsweise verschiedenen Arten der Forderungen einen Vorzug vor andern gegeben [35]). Zu diesen Privilegien gehört

1) das *privilegium exigendi*, wodurch die Gesetze gewißen Gläubigern zu Hülfe kommen, welche keine Hypothek, sondern eine blos persönliche Klage haben, indem sie ihren Forderungen, auch ohne Pfand, einen gewissen Vorzug geben. Dieses privilegium ist von zweyerley Art,

35) S. *Christ. Lud* RUNDE Commentatio de historia, indole, ac vi remediorum securitatis, quibus iure Rom. prospectum est creditoribus debitoris obaerati per privilegia personalia, hypothecas tacitas, et privilegia hypothecarum *Goettingae* 1794. 4. *Pet* VANDERANUS Comment. de privilegiis creditorum. (Tom. II. *Thes. Meerman* pag. 671. sqq.) und *Nonius a* COSTA de privilegiis creditorum. *Romae* 1661. *Genevae* 1665.

Art, a) *absolute tale*, wenn die Gesetze, eine obgleich nur persönliche Forderung, dergestalt begünstiget haben, daß sie allen übrigen Gläubigern, auch sogar denjenigen, welche mit einer privilegirten Hypothek versehen sind, vorgehen soll. Z. B. die Forderung von Leichenkosten [36]). Diese kommen beym Concurse in die erste Klasse, und solche Gläubiger heißen creditores *absolute privilegiati*. b) Privilegium exigendi *simplex* s. *personale*, auch *privilegium exigendi* [37]), oder *privilegium creditorum* [38]) schlechthin genannt, vermöge dessen die persönliche Forderung eines Gläubigers nur vor andern chirographarischen oder persönlichen Gläubigern des Schuldners einen Vorzug hat [39]). **Hermogenian** sagt *L.* 74. *D. de iure dot.* privilegium, *quod inter personales actiones vertitur*. Solche Gläubiger werden creditores

36) L. 45. *D. de religiosis.* L. 17. *pr. D. de rebus auct. iud. possid.* Add. *L.* 22. §. 9. *Cod. de iure deliberandi.* S. *Ios.* FINESTRES Hermogenian. ad L. 25. D. de tut. et ration. distrah. §. 3 pag. 817. und *Io. Christph.* KOCH Diss. de pecunia ad emendum credita privilegiata et non privilegiata. §. 5.

37) *L.* 24. §. 1. *D. de rebus auct. iud. possid. L.* 1. *D. de cessione bonor. L.* 25. *D. de reb. credit.*

38) *L.* 9. §. 1. *L.* 42. *L.* 44. §. 1. *D. de administr. tutor. L.* 25. *D. de tut. et rat. distrah. L.* 52. §. 1. *D. de peculio. L.* 26. *D. de reb. auct. iud. possid.* S. BRISSONIUS de Verbor. iur. Signif. voc. *Privilegium* nr. 2.

39) S. *Bernh. Henr.* FRISTER Diss. de privilegio creditorum personali. *Goett.* 1804. 4. und *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Disquisit. de privilegio creditorum personali simplici. *Tubingae* 1662.

res *personaliter privilegiati*, oder *privilegiarii* schlechtweg genannt.

2) Die gesetzliche oder stillschweigende Hypothek, welche sich zu Folge einer gesetzlichen Vorschrift bey gewissen Gläubigern, in gewissen Verhältnissen, von selbst versteht, ohne daß es einer weiteren Verabredung der Partheyen bedarf [40]). Der Name *hypotheca tacita* entstand daher, weil man bey deren ursprünglichen Einführung, welche sich mehr auf den Gerichtsgebrauch, als auf ein Edikt des Prätors zu gründen scheint [41]), die Fiction einer stillschweigenden Convention zu Hülfe nahm, wie uns Neratius, ein Zeitgenosse Trajans, und der erste, welcher dieser Fiction Erwähnung thut, hiervon belehrt.

40) *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Diss. de pignore tacito. *Tüb.* 1663. *Corn. de* GYSELAAR Specim. de indole quorundam tacitorum pignorum celebriorum. *Lugd. Batav.* 1774. vorzüglich Ferd. Aug. Meißner vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte. 2. Theile. Leipzig 1803. 8.

41) S. *Traugott* THOMASII Diss. de origine atque progressu hypothecarum tacitarum ex Legibus Rom. *Lipsiae* 1732. §. 9. *Ger.* NOODT lib. sing. ad Edictum Praetoris de pactis et transactionib. Cap. 2. §. *Alterum est.* (*Oper.* T. I. pag. 487.) und in Comment. ad Pand. h. t. §. *Indicavi.* (Tom. II. *Oper.* pag. 444.) LISCHKE Diss. de origine et aequitate. *Lipsiae* 1732. §. 7. *Io. Theoph.* SCHNORR Historia iuris civ. de pignoribus tacite contractis, praes. *Io. Th.* SEGERO. *Lipsiae* 1772. §. 8. et 9. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. §. 192. und Meißner angef. Darstellung §. 51.

belehrt[42]). Deswegen läßt sich aber doch das gesetzliche Pfandrecht nicht, wie einige Rechtsgelehrten[43]) wollen, zu dem pignus voluntarium rechnen, weil es nicht sowohl durch die Handlung des Schuldners selbst, sondern nur unter Voraussetzung einer gewissen Handlung durch das Gesetz ertheilt wird, oder, wie **Justinian**[44]) sagt, *nullo verbo praecedente inducitur ab ipsa lege.* Es ist auch, wie **Dabelow**[45]) sehr richtig bemerkt, etwas ganz anders, ob eine stillschweigende Verpfändung wirklich vorhanden ist, oder ob man sich nur eines von dieser hergenommenen Arguments bedient hat, um die Einführung einer stillschweigenden oder gesetzlichen Hypothek zu rechtfertigen. Dieses letztere ist nun aber hier offenbar der Fall, denn **Neratius** sagt nicht, quia, sondern *quasi id tacite convenerit.* Und da die gesetzliche Vorschrift, welche dem Gläubiger das Pfandrecht giebt, ein solches Gewicht hat, daß weder der Schuldner noch ein Dritter dagegen mit dem Beweise gehört wird, daß bey der Handlung keine Verpfändung beabsichtiget worden sey, wie **Meißner**[46]) selbst einräumt, so kann wohl der Wille des Schuldners in keine weitere Betrachtung kommen, sondern das

42) *L. 4. pr. D. h. t.* Eo iure utimur, ut quae in praedia urbana inducta, illata sunt, pignori esse credantur, *quasi id tacite convenerit.* Add. *L. 3. et 6. D. eodem.*

43) **Bolley** Lehre von öffentlichen Unterpfändern. §. 3. und **Meißner** angef. Darstellung §. 5.

44) *L. 1. Cod. Communia de legatis.*

45) Ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. S. 192. f.

46) Darstellung der Lehre vom stillschw. Pfandr. §. 16.

das Gesetz ist unstreitig als der Hauptentstehungsgrund des stillschweigenden Pfandrechts anzusehen.

Zuweilen geben die Gesetze dem nämlichen Gläubiger seiner Forderung wegen eine stillschweigende Hypothek, welchem auch ein privilegium exigendi zusteht. Ist dann die gesetzliche Hypothek ein bloßes Specialpfandrecht, so kann beydes wohl neben einander Statt finden [47]). Denn das privilegium erstreckt sich über das ganze Vermögen des Schuldners [48]), und kommt daher dem Gläubiger noch zu statten, wenn die ihm gesetzlich verpfändete Sache nicht mehr vorhanden ist, oder zu seiner Befriedigung nicht hinreicht [49]). Wenn hingegen einer Forderung, wegen welcher dem Gläubiger Anfangs nur ein privilegium exigendi zustand, späterhin eine stillschweigende Generalhypothek beygelegt worden ist [50]), so

47) Man vergleiche z. B. *L.* 1. *D. h. t.* mit *L.* 25. *D. de reb. credit.* *L.* 1. *D. de cess. bonor.* und *L.* 24. §. 1. *D. de reb. auct. iud. possidend.*

48) *L.* 8. *D. Depositi.* *L.* 23. *D. de reb. auct. iudicis possid.* LAUTERBACH cit. Diss. §. 50.

49) LAUTERBACH Diss. cit. de privilegio creditor. personali. §. 34. WALCH Diss. de privilegio pecuniae in refectionem aedium creditae Sect. II. §. 11. Dabelow Lehre vom Concurse der Gläubiger. S. 228. Meißner angef. Darstellung vom stillschweigenden Pfandrechte. §. 76. S. 195. FRISTER cit. Diss. §. 6. und Schweppe Röm. Privatrecht. 2. B. §. 359.

50) Man vergleiche z. B. *L.* 42. *et L.* 44. §. 1. *D. de admin. et peric. tutor.* *L.* 25. *D. de tut. et rat. distrah.* *L.* 19. §. 1. *D. de rebus auct. iud. possid.* und *L.* 23. *D. eodem* mit *L.* 20. *Cod. de admin. et offic. tutor.* S. Hufeland's Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 2054. not. a.

so läßt sich zwar nicht schlechterdings behaupten, daß das erstere durch die letztere aufgehoben worden sey, weil beydes, das privilegium und das Pfandrecht, gegen Verschiedene, nämlich das erstere gegen andere Gläubiger, das letztere aber gegen die Besitzer der verpfändeten Sachen seine Wirkung äußert [51]). Allein das Pfandrecht macht hier durch seine Allgemeinheit das privilegium exigendi nutzlos. Auf keine [52]) Weise aber kann derjenige Gläubiger, dem die Gesetze seiner Forderung wegen nur eine Hypothek gegeben haben, aus diesem Grunde allein, weil er ein gesetzlicher Pfandgläubiger ist, auch ein privilegium exigendi ansprechen, wenn er etwa, weil die gesetzlich verpfändete Sache nicht mehr vorhanden ist, nicht als Pfandgläubiger locirt werden könnte. Denn es läßt sich nicht von dem stärkern Recht auf das schwächere schließen, weil das privilegium exigendi, als eine besondere gesetzliche Begünstigung, eine solche Ausdehnung nicht erlaubt [53]).

3) *Privilegium hypothecae*, wenn in den Gesetzen einer gewissen Hypothek ein Vorzug vor andern, obgleich ältern Pfandgläubigern, welche ein gleiches Privilegium nicht haben, beygelegt wird, und selbst unter diesen privilegirten Hypotheken wieder einige vor anderen begünstiget sind, wovon Tit. IV. des 20. Buchs handelt. Ein solches

51) S. *Ios.* FINESTRES Hermogenianus ad L. 25. D. de tut. et rat. distrah. §. 8 — 10. pag. 819. sqq. und Dabelow vom Concurse der Gläubiger S. 254. Nr. III.

52) HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 4620. nr. 4. und Thibaut Syst. des Pand. Rechts 3. B. §. 1235. C. und §. 1238. F.

53) S. Christ. Gottl. von Gmelin Ordnung der Gläubiger bey dem Gantprozeße. §. 127. S. 556. (Stuttgard und Tübingen 1813.)

ches Vorzugsrecht kann einem stillschweigenden, oder auch einem ausdrücklich vorbehaltenen Pfandrechte beygelegt seyn. Keineswegs aber kann es einem Pfandgläubiger schon darum beygelegt werden, weil seine Forderung mit einem persönlichen Privilegium versehen ist, wenn er nachher, dieser Forderung wegen, ein stillschweigendes Pfandrecht von den Gesetzen erhalten, oder der Gläubiger sich eine Hypothek ausdrücklich hat bestellen lassen [53]). Denn es folgt nicht, daß derjenige Gläubiger, welcher unter den persönlichen oder chirographarischen Gläubigern eine vorzügliche Stelle einnimmt, dieselbe auch unter den hypothekarischen Gläubigern behaupten müsse.

Alle diese hier angeführten Privilegien, welche den Gläubigern zu ihrer Sicherheit zustehen, haben nun also ihren nächsten Grund in den Gesetzen, und können daher ohne eine gesetzliche Disposition einem Gläubiger eben so wenig eingeräumt werden, als sie eine Ausdehnung auf ähnliche Fälle zulassen [54]). Ob sie übrigens aus geschriebenen Gesetzen, oder aus dem Gewohnheitsrecht, wie die ersten gesetzlichen Hypotheken, ihren Ursprung herleiten, ist gleichviel [55]). Quae enim longa consuetudine probata

53) Man vergleiche z. B. *L.* 38. §. 1. *D. de reb. auct. iud. possid.* mit *L.* 8. *D. Qui potior. in pignore* und *L.* 4. *Cod. eodem. VIII.* 18. Dabelow Concurs der Gläub. S. 253. Thibaut System des Pandectenr. 3. B. §. 1235.

54) *L.* 14. *et L.* 15. *D. de Legib.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1077. RUNDE cit. Commentat. de histor. indole ac vi remedior. securitatis. §. 11. Meißner angef. Darstellung. §. 22.

55) von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 82. S. 262. und §. 127. S. 555. Meißner §. 20.

bata sunt, sagt Hermogenian[56]), non minus, quam ea, quae scripta sunt iura, servantur. Die besondern Gründe dieser Privilegien sind, abgesehen von dem entfernten Grunde der Billigkeit, worauf sie alle von den Gesetzen gebauet sind[57]), folgende[58]). 1) Vermuthete Uebereinkunft des Gläubigers und Schuldners, besonders in solchen Geschäften, welche in gemeinem Leben eben so alltäglich sind, als der Gläubiger dabey leicht hintergangen, und um seine vermeinte Sicherheit gebracht werden kann. Dieß ist der Fall bey der Hypothek, welche die Gesetze dem Vermiether und Verpächter geben. 2) Besondere Begünstigung des Gläubigers, vorzüglich solcher Personen, die selbst auf ihre Sicherheit bedacht zu seyn nicht im Stande sind, und deren Vortheil selbst mit dem Interesse des Staats verknüpft ist, wie bey den Pupillen und Minderjährigen, den Wahnsinnigen, den Kindern, den Ehefrauen, und dem Fiskus der Fall ist[59]). 3) Besondere

56) *L.* 35. *D. de Legibus.*

57) *L.* 17 §. 1. *L.* 19 §. 1. *D. de rebus auct. iud possid. L.* 12. §. 1. *Cod. Qui potior. in pignore Io Aug.* HELLFELD Progr. de eo, quod in hypothecis tacitis aequum vel iniquum est. (in *Opuscul.* et *Dissertat. iur. civ.* Nr. XI.)

58) S. *Io. de* BACK Diss. ad L. 1. D. In quib. caus. pignus vel hypoth tacite contrah. *Lugd. Batavor.* 1724 Cap. 2. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertat. iurid. select. in Acad. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. III. pag 70. s.) FINESTRES Hermogenianus pag. 816. §. 2 RUNDE cit. Commentat. de histor. indole ac vi remedior. securitatis §. 12. und Meißner vom stillschweigenden Pfandrecht §. 21.

59) *L.* 1. *D. Soluto matrim. L.* 18. *D. de reb. auctorit. iudic. possid. L.* 1. §. 20. *D. de Quaestion.*

sondere Begünstigung gewisser Forderungen wegen ihrer nothwendigen oder nützlichen Zwecke, wie z. B. herrschaftliche Steuern, versprochenes Heyrathsgut, Darlehn zur Wiederherstellung eines vernichteten Gebäudes, oder zur Erbauung, Ausrüstung, oder auch Erkaufung eines Schiffs[60]).

Unter den bisher gedachten verschiedenen Privilegien und Sicherheitsrechten der Gläubiger findet übrigens noch ein wichtiger Unterschied Statt, welcher darin besteht, daß zwar stillschweigende Hypotheken, als solche, das heißt, abgesehen von dem Privilegium, welches ihnen etwa beygelegt ist, sowohl auf die Erben des Gläubigers übergehen, als auch zugleich mit der Forderung auf einen Andern übertragen und abgetreten werden können; wenn sie auch aus einer besondern Begünstigung des Gläubigers wären eingeführt worden[61]); in Ansehung der übrigen Privilegien aber es darauf ankommt, ob sie Begünstigung der Person, oder nur der Forderung des Gläubigers zum Grunde haben. Nur letztere, aber nicht die ersteren, gehen auf die Erben, und können auch cedirt wer-

60) *L. 1. h. t. L. 24. §. 1. L. 26. D. de reb. auct. iud. poss.*

61) Schon die Natur des Pfandrechts, als eines dinglichen Rechts, lehrt uns, daß es nicht auf die Person des Gläubigers eingeschränkt seyn könne. Dieß bestärken aber auch die Gesetze. *L. 6. D. de heredit. vel act. vend. §. 29. I. de action. Nov. XCI. Praef. et Cap. 1.* S. Schweppe Röm. Privatrecht 1. B. §. 302 u. §. 307. *Ge. Frid.* DEINLIN Diss. de transitu hypothecae tacitae in bonis tutoris ad heredes pupilli. *Altorfii* 1724. *Henr. God.* BAUER Diss. de

werden[62]). Man pflegt die ersteren *privilegia personalia s. personae*, die letzteren aber *privilegia realia s. causae* zu nennen, und es kommt dann in dieser Beziehung nichts weiter darauf an, ob das privilegium ein bloßes privilegium exigendi oder ein privilegium hypothecae ist. Z. B. das privilegium exigendi, welches der Braut wegen der dos zusteht, ist so, wie das privilegium hypothecae der Ehefrau, ein privilegium personae, welches weder auf die Erben noch den Ceßionar übergeht[63]). Eben so ist das Privilegium, was den Pupillen, und Minderjährigen, so wie den Verstandlosen, den Verschwendern, Kranken und Taubstummen wegen ihrer Forderungen an dem Vermögen ihrer Tutoren und Curatoren, der Protutoren, und derjenigen, welche sich aus Freundschaft der Angelegenheiten dieser Hülfsbedürftigen

de pignore pupilli. *Lipsiae* 1760. §. 25. — 30. *Car. Frid.* WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. III. §. 25. Zum Theil anderer Meinung ist Dabelow von Concurse der Gläubiger. S. 258.

62) *L.* 68. *D. de div. reg. iur.* In omnibus causis id observatur, ut, ubi *personae conditio* locum facit beneficio, ibi deficiente ea, beneficium quoque deficiat: ubi vero *genus actionis* id desiderat, ibi, ad quemvis persecutio eius devenerit, non deficiat ratio auxilii — *L.* 196. *D. eodem. Privilegia* quaedam *causae* sunt, quaedam *personae:* et ideo quaedam ad heredem transmittuntur, quae *causae* sunt, quae *personae* sunt, ad heredem non transeunt. S. LAUTERBACH Diss. cit. de privilegio creditor. personali. §. 42. — 45. und RUNDE cit. Commentat. §. 14 — 16.

63) *L.* 74. *D. de iure dot. L.* 17. §. 1. *L.* 19. *pr. D. de reb.*

tigen annahmen, beygelegt ist, ganz persönlich[64]). Dahingegen ist das Privilegium, welches der Forderung von Leichenkosten, ferner der Forderung desjenigen, welcher zur Wiederaufbauung eines verfallenen Hauses baar Geld geliehen hat, nicht minder dem Creditum zum Besten eines Schiffs zusteht, ein privilegium causae; sie gehen daher auf Universal- und Singular-Successoren über[65]).

Hier ist nun blos von gesetzlichen Hypotheken die Rede, und diese sind zweyfach, allgemeine und besondere, je nachdem sie entweder das ganze Vermögen des Schuldners zum Gegenstande haben, oder nicht. Mehrere[66]) nehmen auch ein gemischtes gesetzliches Pfandrecht an. Sie rechnen dahin dasjenige, welches Legatare wegen der Auszahlung ihrer Vermächtnisse haben. Dieses soll bald ein generelles bald ein specielles seyn, je nachdem die Legate aus der ganzen Erbschaft, oder aus einzel-

reb. auct. iud. possid. L. un. Cod de privilegio dotis. §. 29. *I. de actionib. L.* 12. §. 1. *Cod. Qui potior. in pignore. Nov. XCI. praef.* S. *Io Frid.* OLEARIUS Diss. de privilegio dotis respectu heredis et cessionarii. *Lipsiae* 1725. *Christ.* GMELIN Diss. de iure dotis in concursu creditorum. *Tübingae* 1789. §. 4. und Dabelow von Concurse der Gläubiger S. 256.

64) *L.* 42. *D. de admin. et peric. tutor. L.* 19. §. 1. *L.* 20. 21. *et* 22. *D. de. reb. auctorit. iud. possid.* S. *Car. Frid.* WALCH Progr. de privilegio pupilli L 19. D. de reb. auctor. iud. poss. eius heredi denegato. *Ienae* 1769.

65) LAUTERBACH cit. Diss. §. 43. in fin. RUNDE cit. Commentat. §. 15. VOET Comment. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 4. §. 12. und Schweppe Röm. Privatrecht 2. B. §. 360.

66) Thibaut System des Pand. Rechts. 2. Band §. 642. und §. 644. Schweppe Röm. Priv. R. 1. B. §. 305.

einzelnen Erbschaftssachen zu entrichten sind. Z. B. wenn einem Legatar wieder die Auszahlung eines Vermächtnisses aufgelegt worden ist, so hat der zweyte Legatar zwar ein gesetzliches, aber nur ein Specialpfandrecht an den Sachen, welche der beschwerte Legatar vermöge des Testaments erhalten hat. Allein auch bey den Vermächtnissen, die der Erbe zu entrichten hat, kann das gesetzliche Pfandrecht der Legatare nur für ein specielles gelten, weil es ja doch nur, wie alle lehren, an den ererbten Gütern, nicht aber an dem eigenen Vermögen des Erben haftet [67], folglich in keinem Falle das ganze Vermögen des Schuldners trifft [68], wie auch in der Folge noch gezeigt werden wird. Uebrigens ist noch zu bemerken, daß die oben vorgekommene *L. 6. D. de pignorib.* Obligatione generali rerum, quas quis habuit, habiturusve sit, ea non continebuntur, *quae verisimile est, quemquam specialiter obligaturum non fuisse:* utputa supellex etc. da solche blos bey dem vertragsmäßig ertheilten allgemeinen Pfandrecht gilt [69], auf ein gesetzliches Pfandrecht nicht bezogen werden kann, sofern dasselbe blos auf gesetzlicher Sanction beruhet [70].

§. 1087.

67) *L. 1. Cod. Communia de legatis.*

68) S. Arn. Heise Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts. (Heidelberg 1816.) 2. B. 5. Kap. S. 51. Not. 13.

69) *Ant.* FABER Rational. ad L. 6. D. de pignorib. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. Lib. XX. Tit. 1. §. *A. speciali T. II. Oper. pag.* 435. Thibaut System des Pand. Rechts 2. B. §. 638.

70) HUBER Praelect. iur. civ. in Pand. h. t. §. 1 *Ant.* SCHULTING Thesium controversar. Dec. LXXIX. §. 4. Dabelow

§. 1087.

Gläubiger, welche ein gesetzliches Special-Pfandrecht haben.

Ein specielles gesetzliches Pfandrecht haben folgende Gläubiger.

I. Der Vermiether eines praedii urbani, wegen seiner aus dem Miethcontract herrührenden Forderungen an allen Sachen, welche der Miethmann in das Grundstück eingebracht hat, daß sie zum Zweck der Miethe daselbst bleiben sollen, sofern sie nämlich sein Eigenthum sind [71]).

L. 4.

low Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 126. Not. i. und Desselben Handbuch des heutigen gemeinen Römisch-Deutschen Privatrechts. 1. Th. §. 811. Anderer Meinung ist jedoch Meißner Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte §. 30.

71) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. P. III. Dec. LX. Err. 8 — 10. *Guil. Hieron.* BRÜCKNER Diss. de tacito pignore locatoris in rebus conductoris illatis. *Ienae* 1704. *Andr. Flor.* RIVINUS Pr de hypotheca tacita locatori praedii urbani in illatis, et rustici in fructibus iure civ. competente. *Lipsiae* 1731. I. L. LARCHER *van* KEENEN Diss. ad L. 4. pr. D. In quib. causis pign. *Lugd. Bat.* 1732. *Franc. Iac.* VOIRHAYE Diss. de tacito pignore locatoribus competente. *Argentor.* 1737. Christ. Gottl. von Gmelin Ordnung der Gläubiger Kap. 6. §. 120. Ad. Diet. Weber Versuch über den wahren Sinn der L. 5. C. de locato cond. in Desselben Versuchen über das Civilrecht Nr. II. S. 79. f. f. Christph. Christ. Dabelow ausführl. Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. S. 191. f. f. Ferd. Aug. Meißner Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht §. 58. f. f. und J. H. Zirkler Revision

der

L. 4. *pr. D. h. t.* NERATIUS *libro I. Membranarum.* Eo iure utimur, *ut quae in praedia urbana inducta, illata sunt, pignori esse credantur,* quasi id tacite convenerit. *In rusticis praediis* contra observatur.

L. 6. *D. eodem.* ULPIANUS *libro* 73. *ad Edictum.* Licet in praediis urbanis tacite solet conventum accipi, *ut perinde teneantur invecta et inlata, ac si specialiter convenisset:* certe libertati huiusmodi pignus non officit. Idque et POMPONIUS probat: ait enim, manumissioni non officere ob habitationem obligatum.

L. 7. §. 1. *D. eodem.* POMPONIUS *libro XIII. ex variis Lectionibus.* Videndum est, ne non omnia illata, vel inducta, sed ea sola, *quae, ut ibi sint, illata fuerint,* pignori sint? Quod magis est.

L. 4. *D. de pactis.* PAULUS *libro III. ad Edictum.* Item, quia conventiones etiam tacite valent, *placet in urbanis habitationibus locandis invecta illata pignori esse locatori,* etiam si nihil nominatim convenerit.

L. 2. *D. h. t.* MARCIANUS *libro singulari ad formulam hypothecariam.* POMPONIUS *libro XL. variarum Lectionum* scribit, non solum pro pensionibus, sed et si deteriorem habitationem fecerit culpa sua inquilinus, quo nomine ex locato cum eo erit actio, invecta et illata pignori erunt obligata.

L. 3.

der wichtigsten Lehren des positiven Rechts. 2 Th. (Giesen und Wetzlar 1807.) Nr. VI. S. 58. f. f.

L. 3. D. h. t. ULPIANUS *libro LXXIII. ad Edictum.* Si horreum fuit conductum vel diversorium, vel area: tacitam conventionem de invectis illatis etiam in his locum habere, putat NERATIUS. Quod verius est.

L. 5. Cod. de locato et conducto. Imperator ALEXANDER A. *Petronae.* Certi iuris est, ea quae *voluntate dominorum* coloni in fundum conductum induxerint, pignoris iure dominis praediorum teneri. Quando autem *domus* locatur, *non est necessaria in rebus inductis vel illatis scientia domini, nam ea quoque pignoris iure tenentur.*

L. 7. Cod. h. t. Imp. IUSTINIANUS A. *Ioanni* P. P. Sancimus, *de invectis a conductore rebus et illatis, quae domino pro pensionibus tacite obligantur,* non solum in utraque Roma, et territorio earum hoc ius locum habere, sed etiam in nostris provinciis. *Tali enim iusta praesumtione etiam omnes nostros provinciales perpotiri desideramus.*

Diese Hypothek ist unter den aus dem Röm. Recht uns bekannt gewordenen stillschweigenden Hypotheken die älteste. Sie war ursprünglich eine ausdrückliche Conventionalhypothek, und bey der großen Menge der armen Miethleute in Rom, die außer einem schlechten Hausrath (frivola, wie Ulpian [72]) solchen sehr treffend nennt) sonst nichts hatten, als was sie mit ihrer Hände Arbeit verdienten, das gewöhnliche Sicherheitsmittel für die Vermie-

72) *L. 11. §. 5. D. de pignerat. act.* S. BRISSONIUS de Verbor. iuris significat. voc. *Frivolus.*

miether der Wohnungen, zumahl da der Miethzinß erst am 1. Julius, wenn oft die Miethe schon geendigt war, bezahlt zu werden pflegte[73]). Die Verpfändung des Hausraths, und was sonst der Miethmann der Wohnung wegen mit sich brachte, zur Sicherheit des Miethzinses, ward daher bey Hausmiethen so gewöhnlich, daß man zuletzt glaubte, sie verstehe sich von selbst, auch wenn man sie im Contract nicht ausgedruckt hätte, weil zu vermuthen sey, es werde Niemand ohne dieses Sicherheits-Mittel einen Miethcontract haben abschließen wollen[74]). Das bloße Einbringen der Sachen des Miethsmanns, und die Vermuthung, daß der Contract unter keiner andern Bedingung geschlossen sey, als daß die invecta und illata dem Vermiether für den Miethzinß haften sollten, wurde daher zur Entstehung und Begründung dieser Hypothek nach dem Gerichtsgebrauche schon für hinreichend gehalten[75]).

Ne-

73) IUVENALIS *Lib. XII. Epigr.* 32.

O Iuliarum dedecus Calendarum:
Vidi, Vacerra, sarcinas tuas, vidi,
Quas non retentas pensione pro bina
Portabat uxor. — —

74) Daher sagt der Prätor bey Ulpian *L.* 1 *XLIII.* 32. *D. de migrando.* Si is homo, quo de agitur, non est ex his rebus, *de quibus inter te et actorem convenit, ut quae in eam habitationem, qua de agitur, introducta, importata, ibi nata factave essent, ea pignori tibi pro mercede eius habitationis essent:* sive ex his rebus esset ea merces tibi soluta, eove nomine satisfactum est, aut per te stat, quominus solvatur: ita quominus ei, *qui eum pignoris nomine induxit,* inde abducere liceat, vim fieri veto.

75) S. *Franc* BALDUINUS Commentar. de pignorib. et hypothecis. Cap. 6.

Neratius [76]) bezeichnet diesen Gerichtsgebrauch mit den Worten: *Eo iure utimur* [77]). Anfangs galt indessen dieses Recht nur in Rom, und dessen Gebiete. Es ging nachher auch auf das neue Rom, und dessen Gebiet über. In den Provinzen aber scheint diese stillschweigende Hypothek vor Justinian noch nicht bekannt gewesen zu seyn. Denn erst dieser Kaiser fand es für nöthig, selbige durch eine ausdrückliche Constitution auch in den Provinzen einzuführen [78]). **Anton Faber** [79]) findet in dieser Verordnung einen neuen nicht unbedeutenden Grund, daß auch das nächste Fundament dieser Hypothek, so wie eines jeden andern stillschweigenden Pfandrechts, mehr in der gesetzlichen Vorschrift, als in einem stillschweigenden Vertrage der Contrahenten zu suchen sey. Quidni enim ubique gentium, sagt er, eodem iure locatores omnes uterentur, si hoc ius ex contrahentium, sive expressa, sive tacita conventione descenderet? An non iuris gentium sunt conventiones omnes, quae ex consensu, sive expresso, sive tacito proficiscuntur? Quae vero sunt iuris gentium, an non gentibus omnibus communia sunt, nec propria urbis Romae? — Est igitur hoc merum privilegium a iure datum, id est, quod a iure magis, quam a contrahentium pacto proficiscitur.

Die-

76) *L. 4. D. h. t.*

77) Man sehe *Ger.* NOODT ad Edictnm Praetoris de pactis et transactionib. Cap. 2. §. *Alterum* (*Operum* Tom. I. pag. 487).

78) *L. ult. Cod. h. t.*

79) De Erroribus Pragmaticor. P. III. Decad. LX. Err. 9. in fin. et Err. 10.

Dieses gesetzliche Pfandrecht steht also

I. nur dem Vermiether eines praedii urbani zu. Bey praediis rusticis findet es nicht Statt. Es fragt sich aber, was hier ein praedium urbanum im Gegensatz eines praedii rustici sey? Alle sind darin einig, daß diese Benennungen bey dem Pfandrecht eine andere Bedeutung haben, als in der Lehre von Servituten [80]). Zwar werden Gebäude aller Art, ohne Rücksicht ihrer Bestimmung und Lage, überall zu den praediis urbanis gerechnet. Hierin stimmen alle Stellen unsers römischen Gesetzbuchs überein, welche der praediorum urbanorum gedenken.

L. 198. *D. de Verbor. Significat.* ULPIANUS *Lib. II. de omnibus Tribunalibus.* Urbana praedia, *omnia aedificia* accipimus, non solum ea, quae sunt *in oppidis*, sed et si forte *stabula* sunt, vel alia *meritoria* in *villis* et in *vicis*: vel si *praetoria* voluptati tantum deservientia: *quia urbanum praedium non locus facit, sed materia.*

L. 1. *pr. D. Communia praediorum.* ULPIANUS *lib. II. Institutionum.* Aedificia, *urbana* quidem *praedia* appellamus: caeterum, et si *in villa* aedificia sint, aeque *servitutes urbanorum praediorum* constitui possunt.

L. 3.

80) *Arn.* VINNIUS Select. iuris quaestion. Lib. I. cap. 30. *Io.* MERCERII Conciliator. Cap. 5. *Marc.* LYCKLAMA *a* NYHOLT Membranar. Lib II. Eclog. 8. *Abr.* WIELING Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 1. §. *Adfinis* pag. 88. *Chr. Hen.* ECKHARD Hermenevt. iuris Lib. I. §. 200. *Io. Christ.* KOCH Diss. de praedio urbano et rustico. *Ienae* 1757. Ad. Diet. Weber Versuche über das Civilrecht. S. 82. f. f.

L. 3. D. h. t. ULPIANUS *libro LXXIII. ad Edictum.* Si *horreum* fuit conductum vel *diversorium* vel area: tacitam conventionen *de invectis illatis* etiam in his locum habere, putat NERATIUS, quod verius est.

L. 4. §. 1. D. eodem. NERATIUS *libro I. Membranarum.* *Stabula* [81]) quae non sunt in continentibus aedificiis, quorum praediorum ea numero habenda sint, dubitari potest? Et quidem *urbanorum* sine dubio non sunt, *cum a caeteris aedificiis separata sint.* Quod *ad causam tamen taciti pignoris* pertinet, non multum *ab urbanis praediis* differunt.

Allein deswegen heißen doch nicht gerade alle andere Grundstücke hier, wie bey den Servituten, praedia rustica. Nein, das Besondere in der Lehre von stillschweigenden Pfandrecht zeigt sich eben darin, daß hier auch solche Grundstücke, welche keine Gebäude, sondern an sich leere Plätze sind, für praedia urbana gehalten werden, sofern nämlich keine natürlichen Früchte davon zu ziehen sind. **Ulpian** führt zum Beyspiel eine area an, d. i. ein leerer Platz, den man zum Bleichen, Dreschen oder Trocknen in der

81) Es ist hier von Viehställen die Rede, welche von Gebäuden abgesondert, auf dem Felde in bloßen Umzäunungen bestehen, in welche die Viehheerden zur Nachtzeit unter der Aufsicht des Hirten eingeschlossen sind. COLUMELLA *de Re Rustica* Lib. I. cap. 6. S. *Iul. a* BEYMA Commentar. in Titulum Dig. de Verbor. Significat. (*Leovardiae* 1649.) ad L. 198. h. t. und *Io.* GOEDDAEUS Commentar. repetitae praelect. in eundem Titulum et L. 198. nr. 3. pag. 1096.

der Stadt oder auf dem Lande zu gebrauchen pflegte [82]). Neratius rechnet auch Viehställe hierher, welche nicht mit Gebäuden in Verbindung sind, sondern auf dem Felde in bloßen Umgebungen oder Schranken bestehen, in denen das Vieh im Sommer zur Nachtzeit unter freien Himmel ruhet. Beyde würden, wenn von Dienstbarkeiten die Rede ist, ohne Zweifel zu den praediis rusticis gehören; allein quod *ad causam taciti pignoris* pertinet, sagt Neratius, non multum ab *urbanis praediis* differunt. Es ergiebt sich hieraus, daß es in der Materie des stillschweigenden Pfandrechts auf die Beschaffenheit und den Gebrauch ankommt, wozu das Grundstück vermiethet oder verpachtet worden ist. Trägt nämlich dasselbe keine natürlichen Früchte, sondern es ist entweder ein Gebäude, es sey von welcher Art es wolle, welches man entweder zur täglichen Bewohnung (domus, urbana habitatio, coenaculum) oder zum Vergnügen, (praetorium) oder zu einem Aufenthalt auf kurze Zeit, (diversorium, Wirthshaus, Absteigequartier) oder zur Aufbewahrung von Sachen (horreum) wie z. B. Scheuern, Schuppen, Vorrathsgebäude, Niederlagen, Magazine; oder ein Stallgebäude (stabulum), welches man zum Aufenthaltsort und zur Verwahrung des Viehes gemiethet hat; oder es ist auch nur ein leerer Platz, wo kein Gebäude steht, (area) welcher zum Bleichen, Dreschen und Trocknen dient, oder ein umzäunter oder eingeschlossener Platz auf dem Felde, den man zum nächtlichen Aufenthalt des

82) *L.* 211. *D. de Verb. Significat. L.* 14. §. 3. *D. de aliment. et cibar. legatis.* S. *Arn.* VINNIUS Tr. de pactis. Cap. XII. §. 2. BRISSONIUS de Verbor. Signif v. *Area.*

des Viehes im Sommer gepachtet hat, (bubile aestivum, stabulum aestivum sub dio, parietibus circumseptum, ut illic pecora per aestatem conquiescant, wie **Columella** [83]) sagt); so wird ein solches Grundstück hier *praedium urbanum* genennt. Ist hingegen das Grundstück ein solches, worauf fructus naturales gezogen werden, so daß ihre Perception Zweck der Pachtung ist, so heißt es hier ein *praedium rusticum*. Es ist jedoch dabey immer nur auf die vermiethete oder verpachtete Hauptsache zu sehen. Denn wären z. B. dem Pächter zugleich Gebäude, die zu dem ihm verpachteten praedio rustico gehören, aber blos als Nebensache zum Gebrauch mit überlassen worden, und der Pächter hätte darin Sachen und Geräthe untergebracht; so sind diese Gebäude doch nicht als praedia urbana zu betrachten, und dem Verpächter steht an den darin gebrachten Sachen kein Pfandrecht zu [84]). Wären hingegen diese Gebäude, z. B. die Scheuern, Dreschtennen und Viehställe allein und ohne den fundus vermiethet worden, so daß sie den Hauptgegenstand und Zweck der Miethung ausmachen, so würden sie nun als praedia urbana erscheinen, und die invecta und illata dem Pfandrechte des Vermiethers ohne Zweifel unterworfen seyn. Eben so können Gärten bald zu den praediis urbanis bald rusticis gehören. Befindet sich nämlich ein Garten an dem gemietheten Hause, so ist er, wie das Haus, dessen accessorium er ist, ein prae-

83) *De Re Rustica* Lib. I. Cap. 6. Scriptor. rei rusticae veter. Vol. II. pag. 38. (*edit. bipontin.*)

84) S. *Hug.* DONELLUS de pignorib. Cap. IV. Verb. *Dixerit quispiam.* pag. 105. und Weber's angef. Versuche S. 86.

praedium urbanum; wäre aber der Garten allein zur Perception der Früchte gepachtet worden, so ist er ein praedium rusticum [85]).

II. Dieses Pfandrecht setzt schlechterdings einen Miethcontrakt voraus. Denn gerade in der Natur dieses onerösen Contracts, wobey jeder seinen Vortheil, jeder aber auch sich vor Schaden zu verwahren sucht, liegt der Grund, warum die Gesetze präsumiren, der Locator werde dem Andern den Gebrauch des Seinigen nicht ohne Unterpfand eingeräumt haben, zumal da er dem Conductor erst den Gebrauch der Sache vollenden lassen muß, ehe dieser zur Bezahlung des Miethgeldes angehalten werden kann [86]). Daher fällt dieses Pfandrecht weg, wenn Jemand die Wohnung frey erhält, gesetzt auch, daß er durch seine Schuld die Sache deteriorirt hätte. Anders kann wohl **Marcian** nicht verstanden werden, wenn er *L. 5. pr. D. h.* t. aus des **Pomponius** *libro XIII. Variarum Lectionum* anführt: Si *gratuitam habitationem* conductor mihi praestiterit, invecta a me domino insulae pignori non esse. Denn daß hier von keiner Sicherheit des Miethzinses die Frage seyn könne, versteht sich von selbst [87]).

III. Der

85) *L.* 198. *D. de Verb. Signif.* Proinde *hortos* quoque. si qui sunt *in aedificiis* constituti, dicendum sit *urbanorum* appellatione contineri. Plane si plurimum horti *in reditu sunt*, vinearii forte, vel etiam olitorii, *magis haec non sunt urbana.* Add. *L.* 91. §. 5. *XXXII.* D. *de legatis.*

86) S. Zirklers Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts. 2. Th. S. 169 ff.

87) *Franc.* CONNANUS Commentarior. iur. civ. Tom. I. Lib.

III. Der Gegenstand des Pfandrechts sind die Invecta und Illata des Miethmanns [88]). Darunter wird hier alles verstanden, was der Conductor an lebendigen oder leblosen Sachen in das gemiethete Grundstück als Zweck der Conduction gebracht hat. Theophilus [89]) erklärt diese Ausdrücke auf folgende Art. Ινβεκτα μὲν ἐστι τα βασταξόμενα, διον εσθης, χρυσος, αργυρος, βιβλια, και ει τὶ τοιουτον. Ινλατα, τα εμψυχα, οἷον βους, ἵππος, ὄικετις, και τα τοιαυτα. i. e. INVECTA *quidem sunt, quae gestantur, velut vestis, aurum, argentum, libri, et si quid eiusmodi est;* INLATA, *animantia, velut bos, equus, servus, ac similia.* Es sind jedoch nur diejenigen Illata dem Pfandrecht des Vermiethers unterworfen, welche dem Miethmann eigen gehören. Ausgeschloßen sind hingegen diejenigen Sachen, welche der Schuldner nicht veräußern darf, z. B. die Waffen eines Soldaten [90]); oder die gar kein Gegenstand der Execution seyn sollen, wie z. B. die zum Ackerbau nöthigen Instrumente eines Landmanns [91]). Ausserdem aber sind diesem Pfandrecht selbst solche Sachen unterworfen, von denen

Lib. IV. cap. 16. pag. 306. in fin. und LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. T. II. h. t. §. 99.

88) *L.* 4. *pr. D. de pact. L.* 3. *L.* 4. *L.* 6. *L.* 7. *§.* 1. *D. h. t. L.* 32. *D. de pignor. et hypoth.*

89) In *Scholiis Basilicor.* T. I. pag. 751. edit. *Fabroti.* S. *Guil. Otto* REITZ Fragmenta Theophili Antecess. adject. Paraphr. graec. Institut. Tom. II. pag. 944.

90) *L.* 3. *§.* 13. *L.* 14. *§.* 1. *D. de re militari.*

91) *L.* 7. *et* 8. *Cod. Quae res. pign.*

denen man sonst annimmt, daß sie in einem allgemeinen Conventional-Pfandrecht nicht mit begriffen sind, z. B. der nöthige Hausrath, das Handwerkszeug, die Bücher des Miethmanns [92]). Viele [93]) sind zwar anderer Meinung, allein die *L.* 6. und 7. *D. de pignoribus* reden nur von einem allgemeinen Conventional-Pfandrecht, von welchem sich auf ein besonderes gesetzliches Pfandrecht nicht schließen läßt. Es erstreckt sich auch das Pfandrecht nur auf solche Sachen, welche, wie **Pomponius** [94]) sagt, in der

92) *Jo.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4. in fin. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XX. Tit. 2. §. 1. *Jul. Frid.* MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 572. *Jo. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. h. t. §. 8. STRUV Synt. iuris civ. T. II. Exerc. XXVII. Th. 16. Meißner vom stillschw. Pfandrecht §. 63. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 4. Band. Meditat. 253.

93) *Reinh.* BACHOVIUS de pignor. Lib. I. Cap. 11. nr. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. h. t. §. 113. CARPZOV Iurispr. for. P. II. Const. 25. Def. 20. *Ern.* TENZEL Diss. de hypotheca tacita, quatenus libros studiosorum afficit. *Erf.* 1721. Allein man sehe *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 16.

94) *L.* 7. §. 1. *D. h.* t. Nach dem Zusammenhang der Worte scheint zwar hier von einer expressen Hypothek auf die Invecta und Illata bey praediis rusticis die Rede zu seyn, bey welchen sonst nur die darauf wachsenden Früchte gesetzlich verpfändet sind. Denn im Eingange dieses Gesetzes spricht Pomponius von der Hypothek an den Früchten, und geht dann auf einmal zu der Hypothek an den Illatis und Inductis über. Die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 3. Const. 7. §. 1. pag. 50. (edit. *Fabroti*) haben auch das Gesetz in dieser Verbindung wirk-

der Absicht eingebracht sind, *ut ibi sint.* Das Seyn in dem Prädium muß wenigstens für den Augenblick an sich als Zweck der Miethe betrachtet werden können; dann kommt es nicht darauf an, wie lange die Sachen daselbst blei-

wirklich genommen. Denn da heißt es: Οὐ πάντα δὲ τὰ ἐναγομενα εἰς τον ἀγρὸν ὑπόκειντε, ἀλλὰ τα ἐπὶ τῷ ἐν αὐτῷ διηνεκῶς ἐιναι εἰσαγόμενα. i. e. *Non omnia autem illata in fundum pignori subsunt, sed ea tantum, quae, ut ibi perpetuo sint, inducta sunt.* Man hat daher eben so wenig Ursach, mit Meißner S. 155. Not. 65. die Verfasser der Basiliken eines Irrthums zu bezüchtigen, als mit Connanus Commentarior. iuris civ. Lib. IV. cap. 16. fol. 305. in fin. (*Paris* 1553. *f.*) den Verfassern der Pandecten den Vorwurf einer Unachtsamkeit zu machen. Denn daß man sich auch bey praediis rusticis die illata und inducta mit verpfänden ließ, war gar nichts Seltenes. *L.* 11. §. 2. *D. Qui potior. in pignore. L.* 5. *C. in quib. caus. pignus.* Eine merkwürdige Stelle von einer solchen ausdrücklichen Verpfändung der invectorum et inductorum ist auch *L.* 32. *D. de pignorib. et hyp.* wo Scävola sagt: Debitor pactus est, *ut quaecunque in praedia pignori data inducta, invecta, importata, ibi nata, paratave essent, pignori essent:* eorum praediorum pars sine colonis fuit, eaque actori suo colenda debitor ita tradidit, adsignatis et servis culturae necessariis. Quaeritur, an et Stichus villicus, et caeteri servi ad culturam missi, et Stichi vicarii obligati essent? Respondit, *eos duntaxat, qui hoc animo a domino inducti essent, ut ibi perpetuo essent, non temporis causa, accommodarentur, obligatos.* Man sieht hieraus, daß man es der Natur der Sache gemäß hielt, bey einer Verpfändung der invectorum et illatorum immer nur dasjenige als Gegenstand des Pfandrechts zu betrachten, was in dem Grundstück bleiben soll.

bleiben sollen. Denn man setze, ich nehme bey einer drohenden Gefahr geflüchtetes Gut, und miethe zu seiner einstweiligen Verwahrung ein Zimmer. Hier leidet es keinen Zweifel, daß es dem Pfandrecht des Locators unterworfen sey. Wenn ich hingegen in die gemiethete Wohnung, in welcher ich mich mit meinen Sachen bereits befinde, Sachen, die für diese Miethe nicht bestimmt sind, blos einstweilen einstelle, weil ich sie sonst nirgends unterbringen konnte, also, wie Scävola *L.* 32. *D. de pignorib.* sich ausdrückt: *ut ibi temporis causa accommodarentur*; so erstreckt sich darauf das Pfandrecht des Locators nicht, weil ihr Hierseyn blos zufällig ist[95]). Die Illation muß also immer mit dem Zweck der Miethe natürlich verbunden seyn, es sey nun, daß die Sachen dem Miethmann zur Einrichtung und Zweck der Wohnung dienen sollen, oder daß das Praedium zur Verwahrung derselben eigens gemiethet worden sey[96]). Auf keine Weise sind übrigens bloße Documente, als Schuldverschreibungen, Kaufbriefe und dergleichen, dem Pfandrechte des Locators unterworfen, weil diese nicht zum beständigen Gebrauche, sondern blos zum Beweise von Forderungen und Sachen dienen. Hierin sind wenigstens, ausser Ulrich Zasius[97]), alle einverstanden[98]).

IV. Dem

95) *Frid. Es. a.* PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. II Obs. 29.

96) S. Zirkler's Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts. 2. Th. S. 176. f.

97) Enarration. in Tit. Institution. de actionibus ad §. 7. h. T. nr. 19. (*Operum* Tom IV. *Lugduni* 1550. f. pag. 65.)

98) *Ant.* NEGUSANTIUS Tr. de pignorib. et hypothec. P. II. Mem-

IV. Dem Vermiether steht jedoch das gesetzliche Pfandrecht nur wegen derjenigen Forderungen zu, die aus dem Miethcontract entspringen. Es kommt ihm also nicht nur wegen des schuldigen Miethzinses, von so viel Jahren er auch immerhin rückständig seyn mag, sondern auch wegen des an der gemietheteten Sache durch des Conductors verantwortliche Schuld verursachten Schadens, oder wozu sich der Miethmann etwa sonst noch durch Nebenverträge verpflichtet hat, kurz wegen alles dessen zu statten, was der Miethmann aus dem Contract schuldig ist, und wegen dessen die actio locati angestellt werden kann, wie aus der bereits oben wörtlich angeführten *L.* 2. *D. h. t.* 99) erhellet. Auf andere Forderungen hingegen, welche aus

 dem

Membr. IV. nr. 153. verb. *Octavo*. pag. 192. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h t. §. 116 MALBLANC Princip. iur. Rom. P. III. §. 562. Meißner vom stillschw. Pfandrecht. §. 63. S. 155 Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 2. Band §. 642. Not. d. u. a. O.

99) Daß die Worte: *quo nomine ex locato cum eo erit actio*, auf alle Forderungen des Locators, wegen welcher ihm die actio locati zusteht, zu erstrecken sey, leidet keinen Zweifel, wenn man auch nicht mit *Jo. Guil.* HOFFMANN Meletemat. ad Pand. Diss. XVIII. §. 3. statt quo nomine, *quoquo nomine* lesen will. Die *Basilica* T. IV. pag. 49. haben περὶ ὧν καὶ τῇ ἐπὶ τῇ μισθώσει ἀγωγῇ χώρα ἐστὶν, und bestärken die gemeine Leseart. Man vergleiche auch *L.* 1. §. 4. *D. de migrando*, und BACHOV de pignor. et hyp Lib. I. cap. 11. nr. 7. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 91. et 117. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom II. §. 1178. Dabelow vom Concurse der Gläubiger. S. 195. von Gmelin Ordnung der Gläubiger. Kap. 6 §. 120. S. 524. Meißner vom stillschw. Pfandrecht. §. 62.

dem Miethcontract nicht herrühren, erstreckt sich das Pfandrecht des Vermiethers nicht, z. B. wenn dieser dem Miethmann die Kost gegeben, oder Geld geliehen haben sollte[100]).

V. Der Anfang dieses Pfandrechts ist nicht von der Zeit des geschlossenen Miethcontracts an zu rechnen, sondern es entsteht erst, nachdem die Sachen des Miethmanns eingebracht worden sind[1]). Hat also ein Dritter zwar erst nach geschlossenem Contract, aber doch noch vor erfolgter Illation auf diesen Sachen eine Hypothek erhalten, so geht dieser dem Vermiether vor.

L. 11. §. 2. *D. Qui potiores in pignore.* CAIUS *lib. singulari de formula hypothecaria.* Si colonus convenit, *ut inducta in fundum, illata, ibi nata, pignori essent*, et antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit: *quia non ex conventione priori obligatur, sed ex eo, quod inducta res est, quod posterius factum est.*

Es

100) HOFACKER c. l. §. 1178. not. b. Struben rechtliche Bedenken Th. 3. Bed. 12.

1) *Jo. Henr. de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 5. Th. 6. not. 1. von Gmelin a. a. O. §. 120. S. 524. und Meißner a. a. O. §. 65. *Udalr.* ZASIUS in Enarrat. in Tit. Institut. de Action. §. 7. nr. 24. *Oper.* Tom. IV. pag. 66. bemerkt daher, daß sich die Hypothek des Locators hierin von allen andern stillschweigenden Hypotheken unterscheide, daß zur Entstehung derselben zwey Kräfte zusammen wirken müssen, lex und factum hominis.

Es ist zwar hier von einer ausdrücklichen Verpfändung der in einen gepachteten fundus (praedium rusticum) eingebrachten Sachen des Pächters die Rede; es hat indessen keinen Zweifel, daß dieses auch von dem durch das Gesetz an den invectis und illatis des Miethmanns constituirten Pfandrecht gelten müße, da solches auf einen vermutheten Vertrag der Contrahenten gegründet, und überhaupt so beschaffen ist, daß sich der Gegenstand desselben gar nicht eher denken läßt, als nachdem die Sachen wirklich eingebracht sind[2]). In den Basiliken[3]) ist daher auch dasjenige, was hier von den invectis et illatis coloni in fundum gesagt ist, geradezu auf die illata in aedes conductas übertragen worden. Τά εἰσαγόμενα εἰς τὸν μισθωθέντα οἶκον προφάσει τῆς μισθώσεως ὑποτιθέμενα, οὐκ ἐκ τοῦ συμφώνου ἀλλ' ἐξ ὅυ εισαχθῇ, ὑπόκεινται. ὅθεν ἐὰν ἄλλῳ τινὰ, ἐξ ἀυτῶν ἰδικῶς καὶ χωρὶς αἱρέσεως ὑποτεθῇ, προτιμᾶται. i. e. *Illata in aedes conductas pensionis nomine obligata, non ex conventione, sed ex quo inducta sunt, obligantur. Unde si alii quaedam ex his specialiter et pure obligata sint, is potior erit.* Giebt hingegen der Miethmann, nach dem geschehenen Einbringen der Sachen, einem Dritten darauf ein Pfandrecht, so geht diesem der Locator mit der gesetzlichen Hypothek vor, wenn auch der Dritte sein Pfandrecht erhielt, ehe noch der Miethzins gefällig, oder die Deterioration an der gemietheten Sache geschehen war. Denn hatte gleich der Locator damals

2) Gesterding Pfandrecht. §. 17. S. 98. und Westphal Pfandrecht §. 102. Not. 122. S. 154.

3) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 5. Const. 11. §. 1. pag. 61.

mals noch kein actuelles Recht, welches er schon hätte geltend machen können, so hatte er doch wenigstens ein durch die Illation entstandenes potentielles Recht [4]). Dieses Pfandrecht dauert nun zwar so lange, bis die Verbindlichkeit des Miethmanns getilgt, und der Locator befriedigt ist, doch afficirt es die Illata nicht dergestalt, daß der Conductor nun über das Seinige gar nicht mehr zu disponiren vermöchte; sondern er kann, desselben ungeachtet, Sachen, welche er inferirt hat, veräussern, ohne daß gegen den dritten Besitzer schlechthin die hypothekarische Klage Statt findet. Nur eine solche Disposition kann ihm inhibirt werden, welche erweislich, in fraudem jenes Pfandrechts, d. i. in der boshaften Absicht, dem Vermiether seine Sicherheit zu vereiteln, vorgenommen würde. Sonst hat diese gesetzliche Hypothek die schon von mehreren Rechtsgelehrten [5]) anerkannte Eigenheit, daß sie, der Verpfändung

4) *L.* 9. *pr. D. Qui potior. in pignore.* von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 120. S. 526. und Meißner §. 65. S. 162.

5) *Udalr.* ZASIUS Enarrationes in Tit. Institution. de Actionib. ad §. *Item Serviana* 7. nr. 26—28. *Oper.* Tom. IV. pag. 67. *Franc.* CONNANUS Commentarior. iuris civ. Tom I. Lib. IV. cap. 16. Fol. 307. b. sq. *Ant.* FABER de erroribus Pragmaticor. P. III. Decad. LXI. Err. 3. et 4. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 9. *Jo.* BRUNNEMANN Commentar. in Pandect. ad L. 9. Tit. In quib. caus. pignus. nr. 3. sqq. *Greg.* MAIANSIUS Disputationum iuris civ. Tom. I. Disp. X. §. 4. sqq. *Tob. Iac.* REINHARTH Exercit. de nonnullis Pragmaticorum erroribus circa doctrinam de tacita hypotheca. *Goettingae* 1736. §. 9. *not. ll.* und Zirkler Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts. 2. Th. Nr. VI. S. 174. ff.

dung einer Taberna oder Universitas rerum ähnlich, nur diejenigen Sachen zunächst zum Gegenstande hat, welche zu der Zeit, da sie geltend gemacht wird, als Invecta und Illata in dem praedio conducto befindlich sind. Denn die Wirkung derselben besteht hauptsächlich darin, daß der Locator, wenn der Miethmann, ohne seine Schuldigkeit entrichtet zu haben, ausziehen will, desselben Sachen in Beschlag nehmen kann. Diese Wirkung ist zwar dem Retentionsrechte analog, unterscheidet sich aber doch von einem bloßen Zurückhaltungsrechte darin, daß es Wirkung eines Pfandrechts ist, und daher dem Locator nicht nur bey entstandenem Concurse mit seiner Forderung aus dem Miethcontrakt, in Ansehung der retinirten Sachen, einen Platz unter den Pfandgläubigern gewährt; sondern auch das Recht giebt, in dem Falle, da von den retinirten Sachen selbst welche in fremde Hände gekommen seyn sollten, solche mit der hypothekarischen Klage zu vindiciren. Die Beweise zur Bestätigung dieser Behauptung sind folgende Gesetzstellen.

L. 9. D. h. t. PAULUS *libro singulari de officio Praefecti Vigilum.* Est differentia obligatorum propter pensionem, et eorum, quae ex conventione *manifestarii pignoris*[6]) *nomine* tenentur: quod ma-

6) Die Leseart ist hier sehr verschieden. Haloander lieset *ex conventione manifestaria.* Baudoza *ex conventione manifesta.* Eben so unser Cod. Pand. Erlang. Taurellus, Russard, Charondas und Hugo a Porta haben *ex conventione manifestarii pignoris.* In den *Basilicis* Tom. IV. pag. 50. in fine heißt es blos: Τὰ ἐκ συμφώνου ὑποτεθέντα ἀνδράποδα οὐκ ἐλευθεροῦνται. e. i. *Man-*

manumittere mancipia obligata pignori non possumus, *inhabitantes autem manumittimus*; scilicet antequam pensionis nomine percludamur 7): tunc enim *pignoris nomine retenta mancipia* non liberabimus: et derisus NERVA Iurisconsultus, qui per fenestram monstraverat, *servos detentos ob pensionem* liberari posse.

Es

Mancipia ex conventione obligata manumitti non possunt. Der Ausdruck manifestarium pignus wird auch verschiedentlich erklärt. Cujaz, dem auch POTHIER in Pand. Iustin. T. I. h. t. Nr. IX. not. b. beystimmt, erklärt es durch pignus expressum. Dion. Gothofredus aber durch pignus speciale, welcher letzteren Erklärung auch TUSSANUS DE LA RUE Amoenar. iuris Observat. Decad. I. cap. 5. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. V. pag. 1495.) seinen Beyfall, und Westphal im Pfandrecht §. 21. Not. 37. S. 58. den Vorzug giebt.

7) Auch hier ist die Leseart verschieden. Haloander lieset *praecludamur*. Baudoza *praecludantur*. Uebrigens bezieht sich dieses auf die Sitte der Römer, daß wenn der Miethmann den Miethzins nicht bezahlte, der Locator desselben Sachen von den dazu autorisirten öffentlichen Personen aufzeichnen, und verschließen lassen konnte. *L. 56. D. Locati. L. 20. D. de Injuriis. L. 1. et 2. II. 17. Cod. Ut nemini liceat sine iudicis auctoritate signa rebus imponere alienis.* Hierdurch erhielt nun der Vermiether ein gerichtliches Specialpfandrecht, welches jetzt weder eine Manumission der auf solche Art in gerichtlichen Beschlag genommenen Sclaven, noch eine Veräußerung der retinirten Sachen weiter gestattete. S. CUJACIUS Observation. Lib. XVII. cap. 39. und *Gregor.* MAJANSIUS Dissertation. iuris civ. Tom. I. Dissert. X. §. 4. pag. 171.

Es ist hiermit die *L. 56. D. locati* zu verbinden, welche ebenfalls aus des PAULUS *libro singulari de officio Praefecti vigilum* genommen, und schon an einem andern Orte [8]) erklärt worden ist. Noch wichtiger aber sind folgende Fragmente.

L. 33. D. de damno infecto. ULPIANUS *Lib. XLII. ad Sabinum.* Inquilino non datur damni infecti actio: quia possit ex conducto agere, si dominus eum migrare prohiberet.

L. 34. D. eodem. PAULUS *libro X. ad Sabinum.* Utique si pro praeterita pensione satisfacere paratus fuit, *alioquin iusta retentio pignoris domino fieri videretur.* Sed etsi *quasi pignora retinuerit*, et ea interierint ruina vicinarum aedium: potest dici, etiam pigneraticia actione locatorem teneri, si poterat eas res in locum tutiorem transferre.

L. 1. §. 5. D. de Migrando. ULPIANUS *libro LXXIII. ad Edictum.* Quodsi nec pignoris nomine inducta sint, nec *retineri* poterunt a locatore.

Wollte man bey dieser Hypothek den Grundsatz: res transit cum suo onere, in seiner ganzen Strenge anwenden, welche gemeinschädliche Zerrüttung des öffentlichen Verkehrs und Credits würde daraus nicht bey der großen Menge der Miethleute, und dem Wechsel, welchem nach der Erfahrung des gemeinen Lebens die häuslichen Geräthe und Meublen eines Miethmanns unterworfen sind, entstehen?

8) S. den 17. Theil dieses Commentars §. 1052. S. 390.f.

stehen [9])? Dennoch sind viele [10]) anderer Meinung, welche zwar dem Miethmann die Veräußerung gestatten, aber nicht anders, als mit der Pfandbeschwerde, so daß die Sachen mit derselben auf den Dritten übergehen, welcher daher jederzeit von dem Locator mit der hypothekarischen Klage belangt werden könne. Nur die aus einem eingebrachten Waarenlager stückweis verkauften Waaren sollen eine Ausnahme machen, als welche frey und ohne Beschwerde auf den Käufer übergehen. Für diese Meinung, welche freylich von den meisten behauptet wird, werden folgende Gründe angeführt. 1) Es sey eine allgemeine Verordnung, welche die *L.* 15. *Cod. de pignorib* enthält, daß, der Schuldner durch keine Disposition über die verpfändete Sache, weder durch Kauf, noch Schenkung, noch Vermächtniß, die Lage des Gläubigers verschlimmern kön-

9) In dieser Erwägung ist auch in Sachsen den Vermiethern nur ein qualificirtes Retentionsrecht, welches übrigens beym Concurs die volle Wirksamkeit des Pfandrechts hat, an den Invectis und Illatis der Miethleute eingeräumt. S. *Jo. Ad. Th.* KIND Quaestion. for. Tom. II. Cap. 9. und *Christ. Gottl.* HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iuris Lib. II. Tit. 5. Th. 6. not. m. pag. 553.

10) *Franc.* BALDUINUS de pignor. et hypothec. Cap. 6. Verb. *Quid si rem suam.* pag. 21. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 96. et 118. *Henr.* ZOESIUS Commentar. ad Dig. h. t. nr. 11. STRUV Syntag. iur. civ. Exerc. XXVI. Th. 16. et MÜLLER ad *Eundem* not. δ. *Ge.* FRANTZKIUS Comm. ad Pand. h. t. nr. 8. et 9. *Aug. a* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXXVI. Cor. 2. von Gmelin Ordnung der Gläubiger Kap. 6. §. 120. S. 525. Meißner vom stillschw. Pfandrecht §. 65. S. 163. u. a. m.

könne, sondern daß, dessen ungeachtet, das Pfandrecht fortdaure. Die Regel: res transit cum sua causa, müße daher auch hier Statt finden. 2) Was von der Manumission aus einer besondern Begünstigung der Freyheit gilt, könne nicht auf die Veräusserung anderer Sachen ausgedehnt werden. 3) Könnte auch das Pfandrecht des Vermiethers leicht vereitelt werden, wenn man dem Miethmann eine particuläre Veräusserung der eingebrachten Sachen gestatten, und dem Vermiether nur ein qualificirtes Retentionsrecht an den noch in der Miethe befindlichen Sachen einräumen wollte. Allein dagegen kommt hier in Betrachtung, 1) daß die Worte der *L.* 9. *h. t.* Est differentia *obligatorum propter pensionem*, deutlich genug die Eigenheit der gesetzlichen Hypothek an den Invectis und Illatis andeuten. 2) Daß nicht nur die *L.* 9. sondern auch die übrigen oben angeführten Gesetze blos von einer Retention sprechen. 3) Daß auch eine Vereitelung der Rechtshülfe wohl nicht leicht bey einem Pfande zu befürchten ist, welches der Gläubiger unter seinen Augen hat, und, ohne Aufsehen zu erregen, nicht leicht fortgeschaft werden kann. Dann ist ja auch der Locator jeden Augenblick, wo er sich nichts Gutes zu dem Conductor versieht, befugt, sein Pfandrecht geltend zu machen, und es in ein, bestimmte Sachen afficirendes, pignus zu verwandeln, welches nun auch gegen jeden Dritten wirksam ist. Diese Verwandlung kann zwar nach Vorschrift der Gesetze nur durch einen gerichtlichen Act vor sich gehen[11]; indessen muß es doch in sofern in seiner Discretion ste-

11) *L.* 56. *D. Locati. L.* 20. *D. de iniur. L.* 1. *et.* 2. *C. Ut. nemini liceat sine iud. auctoritate signa rebus impo-*

stehen, daß auf sein einseitiges Anrufen das Pfandrecht provisorisch realisirt wird, damit es, wenn nach ausgemachter Sache die Besorgniß gegründet erscheint, nur exequirt zu werden braucht [12]).

Giebt der Miethmann einen Theil der Sache in Aftermiethe, so sind auch die Illaten des Aftermiethers stillschweigend verpfändet, sofern dieser den Miethzins noch schuldig ist. Sie haften dann 1) dem Sublocator, wegen des diesem schuldigen Aftermiethzinses; aber auch 2) dem ersten Vermiether, insofern nämlich dieser an den Aftervermiether noch Ansprüche hat. Jedoch sind die Sachen des Aftermiethmanns nur bis auf die Summe des noch schuldigen Aftermiethzinses verpfändet, wenn gleich der Sublocator dem erstern Vermiether eine größere Summe schuldig seyn sollte [13]). Ist der Aftermiethmann dem Sublocator nichts mehr schuldig, so haftet auf seinen Sachen

ponere alienis. S. CARPZOV Iurisprud. for. P. II. Constit. 25. Def. 20.

12) Zirkler angef. Revision. 2. B. S. 175. f.

13) *Io.* VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 6. *Franc.* CONNANUS Commentar. iuris civ. Lib. IV. cap. 16. Verb. *Quum dicit Paulus.* fol. 306. b. *Ger.* NOODT ad Edictum Praetor. de pactis et transact. cap. 2. §. *Alterum est* etc. in fin. *Operum* T. I. pag. 488. *Jos.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. II. cap. 12. nr. 22. *a* PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 28. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. P. II. h. t. Qu. 17. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1178. not. c. II. Westphal Pfandrecht §. 103. Not. 123. Gesterding Pfandrecht §. 17. S. 98. f. Meißner vom stillschw. Pfandrecht §. 64. Thibaut Syst. des Pandectenrechts 2. B. §. 642.

chen kein Pfandrecht mehr, wenn gleich der Aftervermiether noch den ganzen Miethzins schuldig wäre [14]). Es kann jedoch der Aftermiethmann das Miethgeld auch an den ersten Vermiether bezahlen, und er wird hierdurch auch von seiner Verbindlichkeit gegen den Aftervermiether befreiet. Auf keinen Fall aber kann der erste Vermiether von dem Aftermiethmann den ganzen Miethzins fordern, welchen ihm der Miethmann schuldig ist. Alles dieses bestätiget folgende Gesetzstelle.

L. 11. §. 5. *D. de pignerat. act.* ULPIANUS *libro XXVIII. ad Edictum.* Solutam autem pecuniam accipiendum, non solum si ipsi, cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate eius: vel ei cui heres exstitit, vel procuratori eius, vel servo pecuniis exigendis praeposito. Unde si domum conduxeris, et eius partem mihi locaveris, egoque locatori tuo pensionem solvero, pigneraticia adversus te potero experiri. Nam IULIANUS scribit, solvi ei posse: et si partem tibi, partem ei solvero, tuntundem erit dicendum. *Plane in eam duntaxat summam invecta mea et illata tenebuntur, in quam coenaculum* [15]) *conduxi.* Non enim credibile est hoc convenisse, ut ad universam pensionem

14) S. von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 120. S. 518.

15) *Coenaculum* heißt eigentlich der obere Theil eines Hauses. FESTUS sagt, *Coenacula* dicuntur. ad quae scalis ascenditur. Nachher wird auch jedes Zimmer, es sey Wohnzimmer oder Speisesaal (Triclinium) oder Schlafgemach (cubiculum) in den Gesetzen *coenaculum* genennt. *L.* 13. §. 8. *D. de Usufr.* BRISSONIUS de Verb. Signif. h. v. und *Jo.* WUNDERLICH de usu Insciptionum Rom. vet. Obs. II. §. 11.

nem insulae *frivola* [16]) mea *tenebuntur* [17]). Videtur autem tacite et cum domino aedium hoc convenisse, ut non pactio *coenacularii* [18]) proficiat domino, sed sua propria.

Einige Rechtsgelehrten [19]) wollen zwar diese Stelle so verstehen, daß nur der Aftervermiether ein Pfandrecht an den Sachen des Aftermiethmanns habe, aber nicht der erste Vermiether, weil zwischen diesem und dem zweyten Miethmann keine obligatio contrahirt sey. Sie glauben auch einen starken Beweis für ihre Behauptung in der *L.* 24. §. 1. *D. Locati* gefunden zu haben, wo ausdrücklich ge-

16) *Frivola* sind eigentlich nach FESTUS vasa fictilia quassa. Hier wird das Wort pro supellectili tenui et vili genommen, dergleichen die coenacularii mit sich zu führen pflegten. IUVENAL. Sat. III. v. 198. SENECA *de tranquillitate animi c.* 1. S. *Guil.* BUDAEI Annotation in Pand. ad h. L. pag. 132. und *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. VI. c. 25. §. 6.

17) So lieset die Taurellische Ausgabe. Allein unser Cod. Pand. Erlang. hat *teneantur*, wie auch Haloander lieset.

18) *Coenacularius* heißt nicht nur derjenige, der eine Wohnung gemiethet hat, sondern es wird auch der Vermiether so genennt, und von denjenigen, welche Häuser zu miethen pflegten, um sie wieder in Aftermiethe zu geben, gesagt, coenaculariam exercent. S. BRISSONIUS v. *Coenacularius*, und BALDUINUS de pignoribus. Cap. 6. pag. 19.

19) *Ant.* PEREZ Praelect. in Cod. h. t. nr. 4. *Car. Frid.* WALCH Introduct. in controvers. iuris civ. Sect. II. Cap. V. §. 14. und *Christ. Gottl.* GMELIN Comm. de iure pignoris vel hypoth. quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. §. 25. pag. 79.

gesagt werde, wenn der Pächter das Grundstück sublocirt hättte, so hafteten die Sachen des Afterpächters dem ersten Verpächter nicht, die Früchte aber blieben dem Pfandrechte desselben unterworfen, eben so, als ob sie der erste Pächter selbst eingeärndet hätte. Der Grund sey, weil der Eigenthümer an den Früchten schon vorher ein dingliches Recht gehabt habe, ehe sie an den zweyten Pächter gekommen waren. Dieser Grund aber falle bey den übrigen Sachen des Pächters weg, welche er noch sonst eingebracht hat. Noch deutlicher aber soll diese Behauptung aus *L. 53. D. de action. emti venditi* hervorgehen, wo gesagt werde, wenn beym Verkaufe eines Hauses mit dem Käufer verabredet worden, daß er den Hausmiethzins mit dem Hause erhalten solle, und der Miethmann das Haus um ein höheres Miethgeld an einen Dritten wieder vermiethet hätte, so erhalte der Käufer nur den Miethzins, den der Verkäufer von dem Miethmann fordern konnte, nicht den Aftermiethzins. Hieraus schließt man, da der Vermiether von dem zweyten Miethmann keinen Miethzins forbern könne, so habe er auch kein Pfandrecht an den von ihm eingebrachten Sachen.

Allein diese Meinung ist offenbar ungegründet. Die angeführten Gründe finden sämmtlich ihre Widerlegung von selbst in der *L. 11. §. 5. D. de pignerat. act.* wie aus einer näheren Erläuterung derselben klar hervorgehen wird. Es wird nämlich darin die Frage entschieden wie weit die Invecta und Illata des zweyten Miethmanns wegen des Miethzinses haften? ob für den ganzen Miethzins, für welchen der Eigenthümer das Haus vermiethet hat, oder nur bis auf die Summe, für welche der erste Abmiether dem

dem zweyten Miethmann einen Theil des Hauses in Aftermiethe gegeben hat? Wie hätte diese Frage entstehen können, wenn nicht die Invecta und Illata des Aftermiethmanns dem Pfandrecht des Eigenthümers des Hauses unterworfen wären? Wäre es nicht eine ganz vergebliche Erinnerung des großen **Ulpianus** gewesen, zu sagen, die Invecta und Illata des zweyten Miethmanns hafteten nur bis auf die Summe, für welche er die ihm von dem ersten Miethmann wieder abgelassenen Zimmer gemiethet hat? ja wäre nicht ganz abgeschmackt und lächerlich der beygefügte Grund, es sey nicht zu vermuthen, daß der zweyte Miethmann seinen Hausrath für die ganze Hausmiethe habe verpfänden wollen; wenn hier blos von einem Pfandrecht des ersten Miethmanns, als Aftervermiethers, die Rede wäre, weil ja dieser vernünftiger Weise nicht mehr von seinem Miethmann verlangen kann, als den ihm versprochenen Miethzins? Gerade so absurd wäre die Frage gewesen, welche **Marcian** *L. 5. pr. D. In quibus causis pignus* entscheidet, ob auch die Invecta desjenigen dem Eigenthümer des Hauses unterpfändlich hafteten, welchem der Miethmann in einem Theile des gemietheten Hauses die unentgeldliche Wohnung gestattet hat, wenn dem Eigenthümer kein Pfandrecht an den Sachen desjenigen zustände, welchem er einen Theil des Hauses in Aftermiethe gegeben hat. Denn wäre Letzteres nicht, so verstünde sich ja das Erstere schon von selbst! Allein, sagt man, wie kann der Eigenthümer des Hauses ein Pfandrecht an den Illaten des Aftermiethmanns haben, mit welchem er nicht contrahirt hat? Der Subconductor ist ja demselben auf keine Weise verpflichtet. Würde es nun nicht den Rechtsgrundsätzen offenbar entgegenstreiten, wenn man behaupten woll-

wollte, daß aus dem Vertrage, den der Aftermiethmann mit dem ersten Miethmann geschlossen hat, der Eigenthümer des Hauses ein Recht erwerben könne?

Allein dieses ist ja gerade der Einwurf, welchen **Ulpian** schon selbst beantwortet. Man betrachte doch nur die Worte: *Videtur autem* TACITE *et cum* DOMINO AEDIUM *hoc convenisse, ut non pactio* COENACULARII *proficiat domino, sed* SUA PROPRIA, etwas genauer. **Ulpian** will hier sagen, wenn gleich zwischen dem zweyten Miethmann und dem ersten Vermiether kein Contract geschlossen worden ist, so werde doch rechtlich angenommen, es sey zwischen ihm und dem Eigenthümer des Hauses dadurch, daß er seine Sachen in den Theil des Hauses, den ihm der erste Miethmann in Aftermiethe gegeben hat, eingebracht habe, und der Eigenthümer dieses Einbringen ohne Widerspruch habe geschehen lassen, eine stillschweigende Uebereinkunft getroffen worden, daß ihm desselben Invecta und Illata für den Miethzins, den ihm der erste Miethmann schuldig wäre, verpfändet seyn sollten. Dieß ist nun auch der Rechtstheorie vollkommen gemäß. Denn man kann ja für eine fremde Schuld seine Sachen verpfänden [20]). Accedit igitur, sagt **Averanius** [21]) pignus alienae obligationi, quod fieri posse non dubitatur, et ideo accedit alienae obligationi, quia obligatio propria secundi conductoris pendet ab obligatione primi, et cum ea conjun-

20) *L. 20. pr. D. de pignerat. act.*

21) Interpretat. iuris Lib. II. Cap. 12. nr. 23. pag. 205. (*Lugduni* 1751. 4.)

juncta est, atque connexa; adeo ut licet nemo, solvens creditori sui creditoris, ipso iure liberetur [22]); tamen secundus conductor recte solvat domino aedium, hoc est, creditori sui creditoris. Es kam also nur noch darauf an, näher zu bestimmen, wie weit die Sachen des Aftermiethers für die Schuld des erstern Miethmanns dem erstern Vermiether haften sollten? Hierauf antwortet nun **Ulpian**, es sey nicht zu vermuthen, daß eine solche Uebereinkunft werde getroffen worden seyn, als sollten die Invecta des zweyten Miethmanns für den ganzen Hausmiethzins haften, welchen der erste Abmiether dem Eigenthümer des Hauses schuldig wäre; sondern nur bis auf die Summe, für welche dem zweyten Miethmann der Theil des Hauses, den ihm der erste Conductor abgelassen hat, in Aftermiethe gegeben worden ist. Selbst die Natur des Pfandcontracts, als eines contractus bonae fidei, läßt keine andere Auslegung zu. Denn da der Aftermiethmann nur einen Theil des Hauses besitzt, und also nur einen Theil des Miethzinses bezahlt, wie könnten desselben Illata dennoch dem ersten Vermiether für den ganzen Hausmiethzins haften sollen? Zwar kann dieses ohne Zweifel durch einen ausdrücklichen Vertrag festgesetzt werden, mit eben dem Rechte, wie man auch für eine fremde Schuld sein Vermögen verpfänden kann; allein daß dieses stillschweigend unter ihnen bedungen worden sey, wer sollte dieses glauben? Nach dieser Ansicht ist es also den Rechtsprincipien keinesweges entgegen, wenn behauptet wird, daß die Sachen des Aftermiethmanns auch dem Eigenthümer des Hauses verpfändet sind. Denn die-

22) *L. 6. D. de doli mali except.*

dieses Pfandrecht giebt dem Eigenthümer nicht der Vertrag, welcher, wie **Ulpian** sagt, zwischen dem coenacularius, so heißt hier der erste Miethmann, von welchem der zweyte einen Theil des Hauses in Aftermiethe erhalten hat [23]), und dem Aftermiethmann geschlossen worden ist, sondern sein eigener Vertrag, welcher zwischen ihm und dem Subconductor, als stillschweigend geschlossen, rechtlich fingirt wird, nämlich dadurch, daß dieser seine Sachen in das Haus eingebracht hat, und der Eigenthümer dieses Einbringen hat geschehen lassen. Denn so wie die Invecten des ersten Miethers auf den Grund eines stillschweigenden Vertrags dem Vermiether gesetzlich verpfändet sind, wenn gleich wegen deren Verpfändung zwischen dem ersten Vermiether und dem ersten Miethmann kein Vertrag geschlossen worden ist; so wird auch zwischen dem zweyten Miethmann und dem ersten Vermiether eine gleiche stillschweigende Convention fingirt, wenn jener seine Sachen einbringt, daß nämlich desselben Invecta, obwohl nur bis auf die Summe des Aftermiethzinses, dem letztern verpfändet seyn sollen, wenn auch über deren Verpfändung nichts verhandelt worden ist [24]).

23) So erklärt diesen Ausdruck auch POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. VIII. not. i. wo er noch hinzufügt: *Coenacularius* ex eo dicitur, quia totas aedes conducit, ut singula coenacula inquilinis locet, quaestus faciendi causa. Unrichtig verstehen hier unter dem *coenacularius* mehrere den Subconductor. BALDUINUS de pignorib. Cap. 6. p. 19. CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. IV. c. 16. fol. 306. b. und GMELIN Comm. cit. de iure pignoris. §. 25. p. 79.

24) Man vergleiche hier vorzüglich *Ant.* FABER Rational. in Pand.

Noch viel schwächer ist der andere Grund, der für die verneinende Meinung aus *L.* 24. §. 1. *D. locati* hergenommen wird, obwohl darin besonders **Walch** duo eaque gravia documenta, wie er sich ausdrückt, zur Bestärkung seiner Meinung, will gefunden haben, quum non solum neget, res posterioris conductoris domino obligari, ubi colonus fundum locaverit; sed etiam addat, fructus solum in causa pignoris manere. Ich muß gestehen, daß ich die Stärke dieses Beweises nicht zu begreifen vermag. Das Gesetz scheint mir vielmehr gar nichts zu beweisen. Bey der Verpachtung eines praedii rustici sind ja nicht die eingebrachten Sachen des Pächters, sondern nur die Früchte dem Verpächter stillschweigend verpfändet [25]). Natürlich konnte ihm also noch weniger ein Pfandrecht an den Sachen des Afterpächters zustehen. Nun sind ja aber gerade die Invecta und Illata eines Miethmanns bey praediis urbanis dem Vermiether stillschweigend verpfändet, und daß sich dieses Pfandrecht auch auf die Invecta des Aftermiethmanns erstrecke, hat ja **Ulpian** *L.* 11. §. 5. *D. de pign. act.* deutlich genug gesagt. Eben so wenig gehört die noch ausserdem von **Walch** angeführte *L.* 53. *D. Locati* hierher. Der Bürge des Afterpächters haftet freylich dem ersten Verpächter nicht, weil jener mit diesem in gar keinem Vertrags-

Pand. ad L. 11. §. 5. D. de pignerat. act. P. III. Tom. I. pag. 614. *Reinh.* BACHOVIUS de pignorib. et hypoth. Lib. I. Cap. 11. nr. 6. POTHIER cit. loc. not. h. pag. 564. und *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. LXXVI. Thes. 9.

25) *L.* 4. *pr. D. h. t.*

tragsverhältniß steht [26]. Allein zwischen dem Aftermiethmann und dem ersten Vermiether nimmt ja **Ulpian** *L.* 11. §. 5. *D. de pign. act.* eine tacita conventio an, wodurch ein Pfandrecht an den Invectis und Illatis des zweyten Miethmanns begründet wird. Mehr Schein hat der Grund, den **Anton Perez** und **Georg Ad. Struv** [27]), der ihm beystimmt, aus *L.* 53. *D. de action. Emti et Vend.* herleiten wollen. Er beweißt aber auch so viel als gar nichts. Der Verkäufer konnte ja dem Käufer des Hauses nicht mehr abtreten, als er selbst von dem Miethmann desselben an Miethzins zu fordern hatte. Hatte nun dieser das Haus einem Dritten um einen höhern Miethzins sublocirt, so konnte ja der Verkäufer solchen nicht verlangen [28]).

Ein besonderes gesetzliches Pfandrecht stehet ferner

II. dem Verpächter eines *praedii rustici* an den auf dem gepachteten Grundstück gebaueten Früchten zur Sicherheit seiner Pachtforderungen zu. Dem Alter nach macht vielleicht diese Hypothek jener, welche dem Vermiether eines praedii urbani zusteht, den Vorzug streitig [29]). Zwar hat sich **Neratius** darüber nicht so bestimmt erklärt, als welcher *L.* 4. *h. t.* nur im Vorbeygehen sagte: in praediis rusticis contra observatur. Allein gewiß war sie zu seinen Zeiten so bekannt, als diejeni-

26) S. §. 1064. S. 56. Man sehe auch der Gebr. **Overbek** Meditationen über verschied. Rechtsmaterien. 4. B. Medit. 251.

27) Syntag. iuris civ. P. II. Exerc. XXVI. Th. 16.

28) S. **Westphal** Lehre des gem. Rechts vom Kaufe. §. 626.

29) S. *Traug.* THOMASIUS Diss. de origine et progressu hypothecar. tacitar. ex LL. Rom. §. 10.

jenige, worüber er sich so ausführlich äusserte. Auch diese Hypothek war ursprünglich eine ausdrückliche, und wurde, wie jene, weil sie bey Verpachtungen der fruchttragenden Grundstücke eben so gewöhnlich war, durch den Gerichtsgebrauch nach und nach in eine stillschweigende verwandelt. Es erhellet dieses aus folgenden Gesetzstellen.

L. 61. §. 8. *D. de furtis.* AFRICANUS *libro VIII. Quaestionum.* Locavi tibi fundum, et, *ut adsolet*, convenit, *uti fructus ob mercedem pignori mihi essent:* si eos clam deportaveris, furti tecum agere posse aiebat: sed et si tu alii fructus pendentes vendideris, et emtor eos deportaverit, consequens erit, ut in furtivam causam eos incidere dicamus: etenim fructus, quamdiu *solo* 30) cohaereant, fundi esse, et ideo colonum, quia voluntate domini eos percipere videatur, suos fructus facere: quod certe in proposito non aeque dicitur: qua enim ratione coloni fieri possint, cum emtor eos suo nomine cogat?

L. 7. *D. In quibus caus. pignus.* POMPONIUS *Libro XIII. ex variis Lectionibus.* In praediis rusticis

30) So lieset Taurellus. Allein CUJACIUS Tract. VIII. ad Africanum h. l. behauptet, in den Florentinischen-Pandecten stehe *suo loco.* Diese Leseart bestärken auch die *Basilica* Lib. VII. p. 305. welche *τῷ ἰδίῳ τόπῳ* haben. Und daß die Alten *suo loco* wirklich SOLO oder SO. LO. geschrieben haben, hat *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. IV. c. 20. in fin. pag. 285. aus einer Stelle des FESTUS voc. *Solicitare* bewiesen. SOLICITARE, sagt er, *quidam dictum putant, ut citare ex* SOLO, *quod est ex suo loco.* Die meisten Handschriften und Ausgaben lesen indessen *Solo*, wie in dem Gebauerischen Corpus iuris civilis bemerkt wird.

cis *fructus*, qui ibi nascuntur, *tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non convenerit.*

L. 53. *D. Locati.* PAPINIANUS *Libro XI. Responsorum.* Qui fideiussor exstitit apud mancipem pro colono publicorum praediorum, quae manceps ei colono locavit, Reipublicae non tenetur: *sed fructus in eadem causa pignoris manent.*

L. 24. §. 1. *D. eodem.* PAULUS *libro XXXIV. ad Edictum.* Si colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domino non obligantur: *sed fructus in causa pignoris manent*, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset.

Diese gesetzliche Hypothek ist also eben so, wie jene erstere, auf die Fiction eines stillschweigenden Vertrags gegründet; war aber wohl schon früher, als jene, auch ausserhalb Rom, in den Provinzen des Römischen Reichs bekannt [31]). Denn **Justinian** redet in der *L.* 7. *C. h. t.* nur von invectis a conductore rebus et illatis, quae domino pro pensionibus tacite obligantur. Es scheint sogar die Einführung der actio Serviana selbst dadurch veranlaßt worden zu seyn, welche der Prätor allem Ansehen nach an die Stelle der schwierigen rei vindicatio setzte. Denn es war ein uralter Rechtssatz, welcher in den Institutionen [32]) den zwölf Ta-

31) CONNANUS Commentar. iuris civ. Lib. IV. cap. 16. pag. 305. b. in fin.

32) §. 41. *I. de Rer. divis.* Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 90.

Tafeln zugeschrieben wird, daß der Käufer das Eigenthum der gekauften und übergebenen Sache nicht eher erwerbe, als bis er bezahlt, oder sonst den Käufer befriediget hat. Pacht und Kauf sind sich nun fast in allen Stücken so ähnlich, daß man ehemals sogar die Namen vertauschte [33]). Der Pächter erwarb also zwar das Eigenthum an den Früchten durch Perception, wozu ihm auch der Pachtcontract ein Recht gab, allein nur unter der Bedingung, wenn er das Pachtgeld dafür entrichtete. Bezahlte also der Pächter das Pachtgeld nicht, so konnte der Eigenthümer des Grundstücks die Früchte, welche der Pächter eingeärndet hatte, vindiciren [34]). Allein wie selten glückte die Vindication einer res nec mancipi, auch schon wegen des schweren Beweises der Identität [35])? Daraus erklärt sich nun, warum gerade bey Verpachtungen der fruchttragenden Grundstücke zuerst die actio Serviana eingeführt wurde [36]). Die gesetzliche Hypothek, von welcher wir hier handeln, steht also

I. dem

33) S. den 17. Th. des Commentars §. 1044. S. 272.

34) Man sehe hier *Io. Th.* SEGER Epistola zu der unter seinem Vorsitz von SCHNORR vertheidigten Diss. de pignoribus tacite contractis, und KIND Quaest. for. Tom. II. cap. 9. pag. 71.

35) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. §. 195. der 5. Auflage.

36) *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Dec. LXXVII. Th. 2. meint zwar, wegen der verpfändeten Früchte habe nur die actio quasi Serviana Statt gehabt, weil der Prätor in seinem Edikt nichts von Früchten gesagt habe. Allein man sehe VINNIUS Comm. ad §. 7. I. de action. nr. 8.

I. dem Verpächter eines praedii rustici, d. i. eines, in der Hauptsache zur Fruchterwerbung bestimmten Grundstücks, zu, es sey ein Acker, oder Wiese, oder Weinberg, oder Wald, oder Garten, oder Weiher. Dieses Pfandrecht bleibt unverändert, wenn auch das Grundstück weiter verpachtet worden ist. Es haftet dem ersten Verpächter für den ganzen Pachtzins, wenn auch der zweyte Pächter dem Afterverpächter ein geringeres Pachtgeld versprochen hätte [37]). Die Früchte bleiben daher dem ersten Verpächter ganz verpfändet, nicht anders als hätte der Pächter die Früchte des Pachtguts selbst eingeärndet, wenn gleich der zweyte Pächter nichts mehr schuldig wäre. Ob aber diese Hypothek jedem Verpächter, oder blos dem Eigenthümer des Grundstücks zustehe, ist zweifelhaft. Die Gesetze sprechen freylich überall nur vom Eigenthümer. Daher schränken auch viele Rechtsgelehrten [38]) diese Hypothek blos auf den Eigenthümer ein. Allein eben so viele andere [39]) schreiben sie dagegen jedem Verpächter über-

37) VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 7.

38) BALDUINUS de pignorib. Cap. 6. Verb. *Sed quid in rusticis.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 9. Meißner angef. Darstellung §. 69. Thibaut System. des Pand. Rechts 2. B. §. 642. Nr. IV. und Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 799. not. g.

39) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 124. Westphal Pfandrecht. §. 102. von Gmelin Ordnung der Gläubiger Kap. 6. §. 121. S. 529. a. E. u. f. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. III. §. 572. nr. III. ERXLEBEN Princip. de iure pignor. §. 89. Weber Versuche über das Civilrecht. Nr. II. §. 1. S. 81. Zachariä Institutionen des Röm.

überhaupt zu; mithin auch dem Afterverpächter; ja selbst dem Usufructuar, wenn er das nutznießliche Guth verpachtet hat. Diese letztere Meinung verdient auch wohl den Vorzug. Denn es beruhet ja dieses Pfandrecht mit dem stillschweigenden Pfandrecht des Vermiethers eines praedii urbani auf einerley Grunde, nämlich dem eines vermutheten Vertrags. Ut enim, qui locant aedes, cavere sibi solent pignoribus rerum illatarum, sagt Balduin[40]) sic qui locant agros, pignoribus fructuum. Haftet es also vorzüglich zur Sicherheit des Pachtgeldes, so muß es auch natürlich einem jeden zustehen, dem das Pachtgeld zu bezahlen ist. Daß die Gesetze gerade vom Eigenthümer sprechen, ist wohl sehr zufällig; denn daraus folgt noch nicht, daß es nur diesem allein zustehen solle, weil ja kein Grund vorhanden ist, einen andern Verpächter von diesem Recht auszuschließen. Es versteht sich freylich, daß die Hypothek des ersten Verpächters vorgehe, so lange der erste Pächter den Pachtzins nicht bezahlt hat. Ist aber dieser dem ersten Verpächter nichts mehr schuldig, warum sollte sich der Afterverpächter nicht jetzt an die Früchte halten dürfen, wenn ihm der Unterpächter noch den Pachtzins schuldig ist?

II. Die Forderungen, zu deren Sicherheit diese Hypothek dient, sind unstreitig diejenigen, welche aus dem Pachtcontract entspringen. Sie gereicht also dem Verpächter zunächst zur Sicherheit des schuldigen Pachtzinses; eini-

Röm. Rechts Lib. II. Tit. 5. S. 353. Schweppe Röm. Privatrecht. 1. B. §. 304. Makeldey Lehrbuch der Institutionen §. 333. u. a. m.

40) De pignorib. Cap. 6. §. *Postremo* pag. 24.

doch ist sie darauf nicht blos allein einzuschränken, wie einige thun [41]); sondern sie steht dem Verpächter auch wegen des am Pachtgute verursachten Schadens zu, auf dessen Ersatz der Pächter mit der actio locati belangt werden kann. Denn die Gesetze reden allgemein [42]).

III. Der Gegenstand dieses Pfandrechts sind blos die auf dem verpachteten Grundstück erzeugten Früchte, (fructus, qui ibi nascuntur) nicht aber andere Sachen, welche der Pächter etwa in das gepachtete Gut inferirt hat, wofern nicht derentwegen eine besondere Verpfändung geschehen ist. Denn **Neratius** sagt in der oben angeführten Stelle [43]) ganz ausdrücklich, daß nur bey den praediis urbanis dem Vermiether ein stillschweigendes Pfandrecht an den Invectis et Illatis zustehe; hingegen bey den praediis rusticis sey es anders. Und **Pomponius** [44]) bestimmt dieses noch näher dahin, daß bey den letztern Grundstücken sich das stillschweigende Pfandrecht nur auf die darauf gewachsenen Früchte erstrecke. Der Grund dieses Unterschiedes war, weil bey den praediis rusticis der Verpächter schon durch die Früch-

41) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1178. I. 2. MEISTER Ius Rom. priv. T. I. §. 358.

42) S. CONNANUS Commentarior. iuris civ. Lib. IV. cap. 16. Fol. 306 b. v. Gmelin Ordnung der Gläubiger Kap. 6. §. 121. S. 531. Westphal Pfandrecht. §. 102. Dabelow vom Concurse der Gläubiger. S. 195. Meißner vom stillschweigenden Pfandrecht. §. 70. und Gesterding Pfandrecht §. 17. S. 100. a. E.

43) *L. 4. D. h. t.*

44) *L. 7. D. eodem.*

Früchte, um deren willen sie gepachtet wurden, hinlänglich gesichert war. Man konnte hier also im Zweifel nicht vermuthen, daß der Verpächter eine andere Sicherheit verlangt habe; oder daß der Pächter seine Invecta habe verpfänden wollen. Daher reden auch überall die Gesetze nur von einer ausdrücklichen Verpfändung derselben [45]). Ganz anders verhielt es sich mit den praediis urbanis. Denn da solche Grundstücke zum bloßen Gebrauche bestimmt sind, und keine weiteren Früchte hervorbringen; so konnte hier freylich keine andere Sicherheit beabsichtiget seyn, als welche durch die Invecta und Illata des Miethmanns geleistet wurde [46]). Dennoch glauben viele [47]), durch die Glosse verleitet, dieß sey durch das neuere Recht aufgehoben worden. Denn nach *L. 5. Cod. de locato* habe auch der Verpächter eines praedii rustici ein stillschweigendes Pfandrecht an den Inductis und Illatis des Pächters; nur mit dem Unterschie-

45) *L. 11. §. 2. D. Qui potior. in pignore. L. 5. C. In quib. caus. pignus. L. 5. Cod. de locato. §. 3. I. de Interdictis.*

46) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmat. P. III. Dec. LX. Err. 9. BALDUINUS c. l. pag. 24. *Hug.* DONELLUS de pignorib. Cap. 4. in fin.

47) *Udalr.* ZASIUS Enarrat. in Tit. Inst. de Action. ad §. 7. nr. 6. MERLINUS de pignoribus Lib. II. Tit. 2. Qu. 66. nr. 6. MEVIUS P. IV. Decis. 127. BRUNNEMANN Commentar. in Cod. ad L. 5. de locato et conducto. *Helf.* HUNNIUS Var. Resolution. iuris civ. Lib. III. Tract. III. P. V. Qu. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 104. *Io. Claud. Nic.* GOLBERG Diss. de invectorum et in praedium rusticum illatorum hypotheca tacita. *Argent.* 1749.

schiede, daß ersterer die Illation müße gewußt haben, dahingegen dem Vermiether eines praedii urbani auch an den ohne sein Wissen eingebrachten Sachen des Miethmanns ein gesetzliches Pfandrecht zustehe. Allein man darf nur die Worte des angeführten Gesetzes genauer betrachten, so wird man sich überzeugen, daß dadurch kein neues Recht habe eingeführt werden sollen, sondern daß darin von einer ausdrücklich verabredeten Verpfändung der eingebrachten Sachen des Pächters die Rede sey[48]. Das Gesetz, dessen Worte schon

48) Nach einer Bemerkung des Cujaz in Recitationib. Solemn. in libros Cod. ad Tit. In quib causis pignus etc. war FORTUNIUS GARSIAS *in L. 5. D. h. t.* der erste, welcher die *L. 5. Cod. de locato* auf diese richtige Art erklärte. Ihm folgten, nach Cujaz, *Franc.* CONNANUS Commentarior. iuris civ. Lib. IV. cap. 16. fol. 306. *Hug.* DONELLUS de pignorib. Cap. 4. Verb. *Exstat tamen rescriptum Alexandri. Reinh.* BACHOVIUS de pignorib. et hyp. Lib. I. Cap. 11. nr. 3. *Ant.* FABER de errorib. Pragmaticor. Dec. LX. Err. 7 et 8. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. LXXVII. Th. 1. *Ger.* NOODT ad Edictum Praetoris de pactis et transact. cap. 2. *Oper.* T. I. pag. 425. *Arn.* VINNIUS Comm. ad §. 7. I. de action. n. 8. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 9. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 14. Westphal Pfandrecht §. 102 von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 121. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1178. not. g. KIND Quaest. for. T. II. cap. 9. Meißner §. 72. u. a. Von einen stillschweigenden Conventional-Pfandrecht erklärte hingegen die *L. 5. C. de locato Fr.* BALDUINUS de pignorib. Cap. 6. Diese Meinung suchte Weber in den Versuchen über das Civilrecht S. 108. ff. mit neuen Gründen zu unterstützen. Ihm sind auch Dabelow vom Concurse der Gläu-

schon an einem andern Orte[49]) angeführt, und bey einer andern Gelegenheit[50]) erklärt worden sind, ist ein Rescript des Kaisers Alexander. Da die Kaiser in ihren Rescripten nur nach dem gemeinen Recht sprachen und entschieden; so ist es eine Regel der Hermeneutic, die in dem Codex enthaltenen Rescripte, so viel möglich, mit dem Pandectenrecht zu vereinigen, und diesem gemäß zu erklären[51]). Daß nun der Kaiser **Alexander** auch hier nur nach dem gemeinen Recht habe entscheiden wollen, setzen schon gleich die Anfangsworte: *Certi iuris est*, außer allem Zweifel. Würden auch **Ulpian**[52]), **Paulus**[53]) und **Papinian**[54]), welche zu den Zeiten des Kaisers **Alexander Severus** lebten, die Hypothek an den Illatis auf die praedia urbana beschränkt, und bey den praediis rusticis blos der Früchte gedacht haben, wenn sich die Hypothek bey den letztern auch schon ohne Vertrag auf die Invecta und Illata des Pächters erstreckt hätte? Daß selbst **Justinian** hierin nichts geändert habe, ergiebt sich theils aus der *L. ult. Cod. h. t.* wo er blos die Hypothek an den Illatis bey den praediis urbanis bestätiget, theils aus dem, was in den In-

Gläubiger S. 196. und GÜNTHER Princ. iur. Rom. T. II. §. 670. beygetreten. Allein man sehe dagegen Meißner S. 184. f.

49) S. oben S. 407.

50) S. §. 1082. Not. 36. S. 305. f.

51) S. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts. §. 38.

52) *L. 3. et 6. D. h. t.*

53) *L. 4. D. de pactis. L. 24. §. 1. D. Locati.*

54) *L. 53. D. Locati.*

Institutionen vom Salvianischen Interdict gelehrt wird, welches dem Verpächter zustehen soll, um den Besitz von den Sachen des Pächters zu erhalten, quas pro mercedibus fundi pignori futuras *pepigisset* [55]).

IV. Der Anfang dieses Pfandrechts ist die Zeit der Perception der Früchte, nicht, wie einige [56]) behaupten wollen, die Zeit des geschlossenen Pachtcontracts. Denn so lange die Früchte noch nicht abgesondert sind, machen sie einen Theil des Grundstücks aus, und sind also Eigenthum des Verpächters [57]). Es kann folglich von einem Pfandrechte desselben keine Rede seyn [58]). Allein durch die Perception, d. h. durch Apprehension des Besitzes, wozu der geschlossene Contract dem Pächter ein Recht giebt, geht das Eigenthum der Früchte von dem Eigenthümer des Grundstücks, wie durch eine wahre Tradition, auf den Pachter über [59]). Mit diesem Aufhören des Eigenthums des Verpächters an den Früchten nimmt nun das gesetzliche Pfandrecht desselben an den Früchten seinen Anfang [60]). Es müssen aber die Früchte ent-

55) §. 3. *I. de Interdictis.*

56) *Io. Henr. de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 5. Th. 6. not. 1. VOET Comm. h. t. §. 2.

57) *L.* 44. *D. de rei vindicat.*

58) *L.* 45. *D. de div. Reg. iuris.*

59) *L* 78. *D. de rei vind. L.* 61. §. 8. *D. de furtis.* Von Savigny Recht des Besitzes §. 22. S. 257.

60) *L.* 24. §. 1. *D. Locati.* MALBLANC Princ. iur. Rom. P. III. §. 572. Nr. III. HOFACKER Princ. iur. civ. Rom. Germ.

entweder von dem Pächter selbst, oder von einem Andern mit seiner Einwilligung z. B. von einem Afterpächter erhoben worden seyn [61]). Hat sie also ein Dritter, ohne den Willen des Pächters, für sich bezogen, so entsteht kein Pfandrecht an denselben [62]).

Die Hypothek des Verpächters dauert fort, so lang der Pachtzins nicht bezahlt ist, und die Früchte nicht verbraucht, sondern noch in Natur vorhanden sind. Hingegen durch die Veräusserung der Früchte wird sie nicht aufgehoben, sondern sie kann auch gegen den Dritten mit der hypothekarischen Klage geltend gemacht werden, welcher die Früchte erweislich noch unverändert und unvermischt besitzt [63]). Dahingegen ist der aus dem Verkaufe derselben gelößte Werth so wenig, als die damit erkauften Sachen, diesem Pfandrecht unterworfen [64]).

Germ. T. II. §. 1178. von Gmelin Ordnung der Gläubiger. §. 121. S. 530. Meißner §. 73. Gesterding §. 17. S. 100.

61) *L.* 24 §. 1. *L.* 53. *D. Locati.* Meißner §. 71.

62) LAUTERBACH Coll. th. pract. Pandect. h. t. §. 124.

63) LAUTERBACH c. l. §. 124. von Gmelin S. 531.

64) Arg. *L.* 3. *Cod. h. t.*

Verbesserungen und Zusätze.

S. 214. Not. 44. ist noch hinzuzufügen *Frid. Theoph.* RAMM Diss. de concursu hypothecae generalis prioris et posterioris in rebus post utramque adquisitis. *Giessae* 1791.

S. 216. Not. 45. Z. 2. ist statt *futaris*, futuris zu lesen.

S. 296. Not. 14. ist hinzuzufügen. *Io. Ad. Theoph.* KIND Quaestion. for. Tom. IV. Cap. 12.

STAATSBIBLIOTHEK BAMBERG

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Mühlenbruch, Christian Friedrich, 1785-1843 / Fein, Eduard

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

Bd.: 18,2

Erlangen 1817

Bamberg, Staatsbibliothek -- Coll.leg.o.101(18#2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11439054-8
VD18 10657126-002